(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالاضافة فهي اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء أي من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام اخبارا للخصمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا وأما السنة فما في أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى أحمد ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شئ ولا تقوم به حجة انما يصح اذا أراد الحجة في تعيين الشريك من كان أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث أي يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعني أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثاني ما في أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه القطان بجهالة والد أبي حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسلا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا أو ملكاها بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا أن بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل فمجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا جازت هبته من عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى أحدهما شيأ كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن

والشركة جائزة لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة الاملاك العين) أقول أي شركة العين فالمضاف مقدر قال المصنف (يرثها رجلان أو يشتريانها) أقول قوله يرثها صفة العين كما في قوله تعالى كمثل الحمار يحمل أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء كما في أسماء الرجال لابن حجر اهـ

خلطا يمنع التمييز رأسا أو الا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيأ على أنه قضاه وأخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف في نصيب شريكه الا بأمره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الا باذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الاسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وأيضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتباره زائلا الى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يتبين به أي تعد هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع ألفا الى رجل وقال أخرج مثلها واشترو ما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فليتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سنذكر فان كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كي لا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل

وقوله (خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة أو الا بحرج كخلطها بالشعير وقوله (فانه لا يجوز) يعني البيع (من الاجنبي) الا باذن شريكه وقوله (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هى أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهى أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) لانها شركة عامة فى جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هى من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

أى متساوين

هذا التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولا للمعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أى حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك فى الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه فى النصف وأصيلا فى النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا كالاختصاص المشترى بالمشترى واحترز به عن الاشتراك فى التكدى والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك فى كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله ثم هى) أى شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل فى وجه انحصار العقد إما أن يذكر فيه مال أولا وفى الذكر إما أن تشترط المساواة فى المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفى عدم ذكر المال (اما) أن يشترطا العمل فى مال الغير أولا فالاول الصنائع والثانى الوجوه وقيل عليه أنه يقتضى أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتى فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخى حيث قالا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتى البيان ان شاء الله تعالى (قوله فأما شركة المفاوضة فهى أن يشترك الرجلان فيتساويان فى مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر فى كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (فى التجارات) والتصرفات لان الفوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوى فى ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هى من التفويض أو الفوض الذى منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودى

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعده

اذا تولى سراة الناس أمرهم * نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تهدى الأمور بأهل الرأى ما صلحت * فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما فى قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب فى راكب والسرى فعيل جمع على فعلة بالتحريك وأصله سروة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وأصل سرى سريو

وقوله (قابلا للوكالة) احترازعن الشركة فى التكدى والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك فى هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك أى شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أى من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك فى المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا أن يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى النصف وفى النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هى أربعة أوجه ذكر فى وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال فى العقد أولا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة فى ذلك المال فى رأسه وربحه أولا فان لزم فهى المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يشترط العمل فيما بينهما فى مال الغير أولا فالاول الصنائع والثانى الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

وقوله فلابد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا فى الانتهاء (وقوله وذلك) أى تحقق المساواة فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة مالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة فى المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف فى ماله أجيب بأن العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

فلابد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا فى التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوى وكذلك فى الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا تجوز وهو قول الشافعى وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة ووجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه أعظم للبركة

اجتمعتا وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت فى الياء وسيأتى وجه المساواة (فلابد من تحقيق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى فى مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت فى المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشترى فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشتريا بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففى القياس تفسد المفاوضة وفى الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتها ألف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذى يلزم فيه التساوى ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا واذا يعتبر التساوى فى التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوى وكذا فى الدين لما نبين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة فى قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذى ذكرتموه فى المشروع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهى أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف فى غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوى فى المالين وممن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبى وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازى (وجه) قولهما وهو وجه (القياس انها تضمنت الوكالة) بشراء (مجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل فى شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة) أى ان عقد المفاوضة أعظم للبركة، وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاوضتم

قال المصنف (وكذا فى التصرف) أقول عطف على قوله وذلك فى المال قال المصنف (وكذلك فى الدين) أقول عطف على قوله وذلك فى المال (قوله لما نبين ان شاء الله تعالى) أقول اشارة الى قوله ولا بين المسلم والكافر. قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) أقول قال فى الكافى فاحتجوا وهو تناقض لانه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور ورد هذا بان قوله لا أدرى ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وكذا الناس يعاملون به من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة (ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة) لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى ثم قال (فتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز أيضا) لما قلنا (ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى

ناسخ المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلا والله أعلم به ولا يثبت به حجة على الخصم وانما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبطه المعارضة بالعين والضاد وفسرها بيبع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس) لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهورا لتعامل بها على الشروط التي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك أمكن ثم أجاب عن القياس فقال (الجهالة متحملة) لانها انما تثبت (تبعا) والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا (كما في المضاربة) فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام وانتظم الكلام الكلي وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة لمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكأن المصنف انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد أن يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام بما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات صحتها شرعا أخذا من هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مانع فيه في الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن أين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان متساويي المالين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سمينا الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في أمر الشركة فاذا ذكراها ثبتت أحكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراها لعدم تحقق رضاهما بأحكامها الا أن يذكرا تمام معناها بان يقول أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركتك في جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول المصنف (وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقدا بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفي من شروط العنان ويكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان (قوله وان كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا) إن فيه للوصل وقوله (لما قلنا) أي لتحقق التساوي اذ الكفر كله ملة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ) لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى

(قوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة) يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا ألا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله (لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ) يوضحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لتحقق التساوي أي في كونهما ذميين وقوله (ولا تجوز) أي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر

واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوي في التصرف بأن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع أنهما لا يتساويان في التصرف فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي لأن ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف وأجيب بأن عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في

الموقوذة لا يعتبر لأن من جعل الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة وأما مؤاجرة نفسه للذبح فإن المساواة بينهما ثابتة في ذلك معنى لأن كل واحد من الكتابي والمجوسي من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه وإجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته وأما مسئلة الحنفي والشافعي فإن المساواة بينهما ثابتة لأن الدلالة قامت على أن متروك التسمية عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الإلزام بالمحاجة فتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله (ولا بين الصبيين) يعني وإن أذن لهما أبوهما لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من أهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله (إذ هو) أي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني قد يكون عاما في أنواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز إثبات معنى الخصوص بلفظ العموم

والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي قال (ولا بين المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح (ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما

والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له الولي (ولا يملك التصرف إلا بإذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في أصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة (وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فإنها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية إلا أنه يكره) أي عقد الشركة بين المسلم والكافر (لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود أو لا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في أكل الحرام) وقوله إلا أنه يكره استثناء من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الإباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا يعاقب عليه وفيه نظر لأن قضية الاستثناء أن ينتفي الحكم عما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التي يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فإنما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أي لكنه مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رآه بمعنى لكن وهو غلط لأن المستثنى في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر فالحمار لم يجئ في قولك جاؤا إلا حمارا فيقتضي إخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس ماله خمورا وخنازير يصح ولو اشتراهما المسلم لا يصح) لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه وكذا بين الكتابي والمجوسي فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لأنه يعتقد ماليتها دون الكتابي وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي وأجيب بأن منهم من جعل الموقوذة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فتحقق المساواة في التصرف وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة ليستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبيين) يعني ولو أذن وليهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ) وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب أو شرطا عدم الكفالة تصير عنانا أو أن عما التصرف والمال وتساويا فيه لأن عقد

شركة

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائبه الخ) أقول فيه بحث فإن المسلم أيضا من أهل أن يشتري الخمر والخنزير بنائبه كما سيجيء في كتاب الوكالة ويجوز أن يقال إجارة نفسه صحيحة دون اشتراء المسلم الخمر فتأمل

(قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة) أى تنعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على ما بينا يعنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة وهو على معنى ان يطالب كل واحد من شريكى المفاوضة بما باشره الآخر واليه أشار بقوله لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله (لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه) وهو قوله قد يكون على الشركة وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أى لبائع الطعام والكسوة (قوله فيما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستئجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيرا فى تجارتهما أو دابة أو شيأ من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ أيهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه عما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا الى مكة يحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيهما شاء الا أن شريكه اذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدى وأما فى شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجناية على بنى آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة أو معاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبه شئ ولا خصومة للمجنى عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين صورة غيره

(٩)

قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة فى المال على ما بيناه وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما الا ما استثناه فى الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) المشترى بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشترى بحصته مما أدى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له) تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة

شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة (قوله وتنعقد) أى المفاوضة (على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أى وكالة كل منهما عن الآخر فى نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما الآخر (أما) انعقادها على (الوكالة فلتحقق غرض الشركة) وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك فى الربح (وأما الكفالة فلتحقق المساواة) التى هى مقتضى المفاوضة (فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما) بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وادامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشترى بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء باذن شريكه فانه يختص بها على ما سيأتى فى آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة (فان الحاجة الراتبة معلوم وقوعها) أى المستمرة من قولهم رتب الشئ اذا دام ومنه أمر ترتب أى دائم بفتح التاء الثانية وضمها (ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل الآخر انما هى فيما هو من ضمان التجارة

قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليتأمل قال المصنف (فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار) أقول قال الاتقانى ولنا فى عبارة صاحب الهداية نظر لان حق الكلام أن يقول فمما يصح فيه الاشتراك ثمن المشترى وأجرة ما استأجر لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الآخر ارش الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هى الديون الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع أنفسها الى آخر ما قال فيعلم بأدنى فكر ان شاء الله تعالى اهـ وفيه بحث وفى قوله لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستئجار بحث لان الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لان الدين الواقع بدلا عنه فينبغى أن يقول فمما يصح الاشتراك فيه المشترى والمستأجر وقس عليه

(قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعنى عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو أقر بالكفالة السابقة فى حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وفى حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة) يعنى وحاجتنا هنا الى البقاء اذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمية فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبى وغيره لان كلامنا ثمة فى الابتداء أنه هل يلزمه أولا فاعتبرنا جهة التبرع ثمة ولم نعتبر هنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك هنا الصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان دون الصبى (قوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبى والمجنون الخ) وأما الاقراض فعند أبى حنيفة يعنى ان فيه روايتين قال فى المبسوط ان أقرض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبى حنيفة لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) اى ولئن سلمنا ان اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة فى الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما يأخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما فى الاعارة الحقيقية

قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبى لزم صاحبه عند أبى حنيفة وقالا لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابى حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبى حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة

أما ويشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشترى منه بدينه وان شاء أخذه شريكه وضمان التجارة كثمن المشترى فى البيع الجائز وقيمته فى الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبى حنيفة أو وديعة اذا جحدها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان فى هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فتصير فى معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كاروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يحلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجانى بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فللمدعى أن يحلف المدعى عليه على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمهما بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة فى الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو التزمه أحد الشريكين وهو أجنبى (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبى لزم صاحبه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزم صاحبه لانه) أى الكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أى عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة فى المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته فى كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وهى فى حال البقاء معاوضة على ما سنذكره فى الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها فى النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعنى المقرض لشريكه نوى المال أو لم ينو وقياس قول أبى يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم فى ضمان الكفالة فعند أبى يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبى حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل فى حكم المقرض (ولابى حنيفة انه) أى عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أى الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح ممن ذكره) والوجه أن يقول ممن ذكراه يعنى الصبى والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون مبنيا

(قوله وانما قيد بحال المرض) أقول يعنى انما قيد الصدور بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول تعليل لكون الكفالة معاوضة فيها بقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره) أقول قال الاتقانى أى ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكراه بضمير الاثنين أو كان القياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبنى للمفعول فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب اهـ والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليهما بتأويل المذكور بل من ذكر

(قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أى لا يلزم لان تأجيل الاقراض والعارية جائز لكن لا يلزم المضى على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة بغير أمره) متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله فى الصحيح) اشارة الى نفى ماذهب اليه عامة المشايخ فى شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ماذهب اليه الفقيه أبو الليث فى شروح الجامع الصغير من التفرقة بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أى الجامع الصغير بأنه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لأنه حينئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب فى الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة لانه معاوضة انتهاء

للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب مايشبه الهاء وهذا لان الكفالة فى الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقى الذمة والذمة فى المأذون كالمشتركة بينه وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه فى الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس فى حال البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيأ فى ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة فى الاموال الربوية (فيكون لمثلها) أى لمثل الدراهم أو الدنانير المقروضة (حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أى لا يلزم ان يجرى على موجب التأجيل فى الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن أبى حنيفة رواية الحسن فى القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع (قوله ولو كانت الكفالة) (بغير أمره) أى امر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه فى الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله فى الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وماذكره المصنف مختار الفقيه أبى الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة فى الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف أبا حنيفة هنا لان فى ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبى حنيفة فى انه يلزم شريكه وفى الكفالة مع أبى يوسف كما نقلنا آنفا لابى يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا تحتمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبيا حرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به فى الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفى الكافى الاعارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن فى يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الآخر عند أبى حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا

عند أبى حنيفة يعنى فى انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة فى أنه يلزمه أيضا وعن أبى يوسف فى غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلمح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف فى قوله بمنزلة الكفالة عند أبى حنيفة بأن محمدا مع أبى حنيفة فى لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص أبى حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول أبى يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون له ويؤاخذ به فى الحال وكذلك يصح اقرار الصبى والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائمه قوله فيما سيأتى لهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل فى التوجيه. (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعترض الاتقانى والكاكى (قوله فانه يجب بأصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يحتمل الشركة اذ المعدوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبى والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبى

قال (وان ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة أووهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذهى شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب فى حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهوله ولا تفسد المفاوضة) وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

لهما وسيأتى ان شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذا اذا وهب له فقبضه أو تصدق به عليه أو أوصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أودنانيره قبل الشراء على ماقدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا فى باقى الاسباب التى ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة انتهى أى المساواة شرط لبقاء صحتها ابتداء وبقاء وانما كان ماهو شرط ابتدائها شرطا لبقائها لكونه أى عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسخها انفسخها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضى الممتنع على المضى ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أجيب بأن القياس فى الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما فى الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما الا باعتباران لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهى لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان نذكر فروعا من شركة العين اذلم نذكرها فى الكتاب * أمر رجلا ان يشترى عبدا بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان مااشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة فى ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك فى الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بينى وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شئ للمشترى فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك لغيره مايملك شراءه لنفسه ولما أمره الثانى ان يشتريه بينهما فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذى اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى فهم شركاء فى الثلث الا ان يبين خلافه ولو أشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفى الاستحسان له ثلثه لانهما حين أشركاه سوياه بأنفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو أشركه

وقوله (وان ورث أحدهما مالا) بالتنوين أى المال الذى تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر فى الكتاب وقوله (فان المساواة ليست بشرط فيه) أى فى العنان ابتداء وكل ماليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان أحد الشريكين اذا امتنع عن المضى على موجب العقد لا يجبره القاضى على ذلك وتأمل فى كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بأن عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ماهو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقراء ونضم هذه المقدمة الى قولنا مانحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا مانحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر فى مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضا فهوله ولا تفسد المفاوضة لما ذكر فى الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

(قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول المعترض صاحب النهاية

أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو
ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد الشريكين اذا قال لرجل أشركتك في
هذا العبد فأجاز شريكه كان بينهم أثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو أشركه
أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما
أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة
قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى ان المشترى لو كان واحدا فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف
العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف مالو قال أشركتك في نصيبي فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ
مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال أشركتك بنصيبي كان باطلا فلهذا كان له
نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبني على صيرورة المشترى بائعا للذي أشركه وهو
استفاد الملك منه فانبنى على هذا ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع
مالم يقبض كما لو ولاه اياه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع
في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لابد من قبول الذي أشركه لان لفظ أشركتك صار ايجابا
للبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد
وشراء ان يتقد عنه ثمن نصفه الذي هو له ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بأمره ولا شئ له في
العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيأ ولو قبض نصف المبيع
ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية
وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون
على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لآخر أينا اشترى هذا العبد فقد
أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بأن يشترى
نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما
لان يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه
قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل
الثمن في هذه الصورة ولو بغير أمر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما
وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما الشريكه في
بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع
الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف
المأمور خاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه
والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعتك هذا
الا نصفه بألف كان بائعا النصف بألف ولو قال بعتك بألف على أن لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة
لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعتك نصفه بألف فأما قوله على
أن لي نصفه فاصل لضم نفسه الى المشترى فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان
مفيدا تصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشترى
فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشترى ﴿مسئلة﴾
اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة أو بمائتين
فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة أو بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا لان
الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول وأما بيع المرابحة والتولية

﴿فصل﴾ لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدته وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بشرط فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير أن في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان أو يكون تفريعا على قول من يقول بإصنيع أبي حنيفة في المزارعة ثم قوله (لانها عقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان القياس يأبى جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن

﴿فصل﴾ (ولا تنعقد الشركة الخ) (قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها) أقول قوله ثم قوله مبتدأ وقوله يقتضي جوازها خبره (قوله وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك) أقول فان مالكا يشترط الخلط وتحققه في الجنس الواحد قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضاربة عند مالك الا أن يثبت عنه روايتان اه ثم رأيت السؤال والجواب بعينهما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف (لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن الخ) أقول لزوم ربح ما لم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقدين في غاية الظهور وعلى مذهب مالك فان عنده يلزم في المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح ما لم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليتدبر والفرق هو أنه لا بد عنده من الخلط فلا تؤدي اليه فوقيه تأمل

﴿فصل﴾ (ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن

والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن و يستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو كان مشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا بينهما فكذا الثاني يوضحه أنا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق أحدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل من المبسوط

﴿فصل﴾ لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد عند ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعرض المثلي وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحماد بن أبي سليمان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها رجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع الى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعة وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة الا فيما نذكره وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس ونص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليست ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين احداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد بأعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس ووجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح ما لم يضمن)

فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يتعدى الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولانه يؤدى الى ربح مالم يضمن) وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذى حصل في مبيع أحدهما فحينئذ أخذ الذى باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشترى كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما مضمورة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معا فمحال (قوله ولان أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه يجره الى ربح مالم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أمينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن فأما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله (قالوا هذا) أى جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (باعيانها) لتظهر ثمرة الخلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب وأما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد وأما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية وأما اذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسيجىء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى.

فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان أول التصرف في العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيأ بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة

فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدى الى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصة رأس ماله) الذى هو ثمن عرضه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقود) فان كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشترى به كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة كثياب الكرباس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فاذا باعا جملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد ما بيع من الاجزاء أو قبضه المشترى متساويان بل الظاهر أنهما متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر مالم يضمن ولان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدى الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولان أول التصرف في العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيأ بماله على أن يكون الآخر شريكا فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفى ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت بها) ولابى حنيفة وأبى يوسف (أن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة) فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففى كل ساعة تنتفى بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا انما هو في الملاحظة أما في الخارج فهى ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الاسبيجابى الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى

(قوله فلا يستحقه رب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا الى بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على ما قرره الا انه فرار من المطر الى الميزاب فليتأمل

وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر وعن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا أن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول أصح لانهما وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شئ آخر ظاهرا الا أن يجرى التعامل باستعمالهما ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرطا

شيأ بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والاول أقيس وأظهر) لان قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الاسبيجابي يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه بليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما وراء ذلك الا أن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين ثم قال (الا أن الاول أصح) يعني دراية لانهما انما خلقا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) فخرج ضربها حليا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بهما ثم قال (الا أن يجرى التعامل بهما) أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت أنهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدوري (لا تجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانها عروض محضة (لكل منهما متاعه وعليه وضيعته) ويختص بربحه (وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند أبي يوسف) أي لكل منهما متاعه يخصه ربحه ووضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التاجر يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة أي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنسا واحدا (وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم وقول

قوله (والاول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح المضاربة بها أي بالفلوس النافقة قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله وهذا لما عرف) اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانهما أي الذهب والفضة (قوله الا ان الاول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانهما) أي لان مثاقيل الذهب والفضة (قوله الا أن يجرى التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الا ان الاول أصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما فحينئذ تجوز الشركة بهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه) أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في الكافي التبر هو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اهـ لكن لا يلائمه قوله بل بالنقود يراد به الذهب الغير المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد انه ثمن من وجه حتى جاز البيع به دينا فى الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما فى العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء

(وقول أبى يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبى حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف فى الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدى الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله أنها) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب (عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا فى الذمة) وهو من حكم الاثمان (فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله وبشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد (بخلاف العروض) المحضة (فانها ليست ثمنا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجها لان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيأ غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد فى العرضية فى الجملة وكون الشئ مثاليا فى حقيقة وله شبه باخرى لا يقال له شبهان وغايته أن الثبوت فى الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط والالزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط فى متفق الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (و) المخلوط (من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كما فى العروض) (قوله فحكم الخلط قد بيناه فى كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق فى هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه بينه فى غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين فى اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخالط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من فى عياله كبيرا كان أو صغيرا أو كان فى عياله فان لم يظفر بالخالط فقال أحد المالكين أنا آخذ المخلوط وأعطى صاحبى مثل ما كان له فرضى صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان أبى يباع المخلوط ويقسم

فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف) لانه أى المذكور من المكيل والموزون والعددى المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن (ووجه قول محمد انها) أى المكيل والموزون والعددى المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا فى الذمة ومبيع) من وجه (من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين) يعنى الخلط وعدمه فلشبههما بالمبيع قلنا لا تجوز

الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد به شركة العقد لامحالة بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال فلو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من أتلفه يضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فتمكن الجهالة كما فى العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلاط قد بيناه فى كتاب القضاء أى قضاء الجامع الصغير وأما فى هذا الكتاب فقد بينه فى كتاب الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضى يعنى ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذى بينه هنا فى كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان

(قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح ما لم يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليتأمل (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول اى عقد الشركة. (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقويها) أقول فيتوقف على ثبوتها

قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة)

الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكر وشوان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت فى البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التى بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبى يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبى حنيفة ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة فى المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما فى ذمته فلا يباع ماله فى دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضى أو بيعا وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة فاذا باعه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلى كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعه لان كلا منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل فى العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثلين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل فى البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما زيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت فى ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رحمه الله فى الفصلين جميعا فقال قوله فى الفصل الاول انه تعتبر قيمته يوم خلطاه وفى الفصل الثانى يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كأن لم يخلطاه وباعا الكل جملة فان قسمة الثمن على القيمة تكون وقت البيع الا أن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الائمة بان معرفة قيمة الشئ بالرجوع الى قيمة مثله فى الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم فى وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما فى جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما فى بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه فى أول الاوقات التى يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل فى أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزيد فى مال أحدهما وينقص فى مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقى فى المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلطا لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هنالك ممكن فاعتبرنا فى قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله واذا أراد الشركة فى العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقدا الشركة)

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة منحصرا فى الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفى ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة فى تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال شركة) واستشكله الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لا تصلح رأس مال الشركة اذا لم يبع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر أما اذا باع فيه والحيلة في جوازه ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه انها شركة ملك وان عقدا الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون رأس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده وأنا أذكر لك ماذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبنى على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوى والمزنى من أصحاب الشافعي رحمهم الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنان أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة بصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختاره شمس الائمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة أصلا لانهما من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا مالا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لان ماذكره القدوري أنه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة ونظيره ماذكره القدوري ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة وقوله (يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة) نظيره ما اذا كان قيمة عروض أحدهما أربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح بينهما على قدر رأس مالهما والله أعلم

قال (وهذه شركة ملك) لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة

مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز

(قوله أن العروض لا تصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسيشير الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وأنا أذكر لك ماذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز الخ) أقول شيخ الشارح هو الامام العلامة قوام الدين الكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البزدوي (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كما يدل عليه قول المصنف فتتمكن الجهالة كما في العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوى) أقول أراد به الامام أبا بكر الرازي المعروف بالجصاص فانه قال في شرحه لمختصر الطحاوى قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز حكى ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جازت لانهما متساويان في المال شريكان فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاتقاني عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانها جهالة لا تفضي الى النزاع والمفسد للعقود من الجهالات ما يفضي الى المنازعة وانما قلنا لا تفضي الى النزاع لأنه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الربح فيقتسمانه بخلاف الزيت والسمن المخلوطين فانهما يتفاوتان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتحصيل رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الربح الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا ربح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائتين مثلا والآخر بمائة فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتأمل

قال (وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له أى عرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

الا أن تكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد توارد كلمة أهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح مالم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما ربحه أحدهما ماهو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعرف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالحزر فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بأنه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف واذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم الباطل وعلمت انه منتف (قوله وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) وهو ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة) لانها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة أى كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا أن الاول قد يرجح بان هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا تصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بأن ذكرا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح فان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة (قوله من عن لى كذا) أى عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

أى اعترض لنا سرب أى قطيع يريد من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى أى أبكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لحمها السمن بالعذارى والملاء المذيل أى الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أو لانه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا أنه

قال (وأما شركة العنان) هذا عطف على قوله في أول كتاب الشركة فأما شركة المفاوضة والعنان مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شئ عرض في هذا القدر لا على عموم الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان الخ) أقول قال الاتقاني عطف على سبيل القطع تقديره أو هما يشتركان انتهى وقد تهمل أن المصدرية تشبيها لها بما المصدرية وعليه قوله تعالى لمن أراد أن يتم الرضاعة فيمن قرأ برفع يتم قال المصنف (وحكم التصرف لا يثبت الخ) أقول فيه بحث الا أن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

اشتقاق

ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل أحدهما دون الآخر وأما اذا شرطا العمل على أحدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين التفاضل والتساوي (قوله كما في المضاربة)

(ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح) وقال زفر والشافعي لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا الى قرض باشتراطه للعامل أو الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليها

اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا بد منه كما في استحجر الطين وأمثاله (قوله ويصح ان يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح) وعكسه بان يتفاضلا في رأس المال ويتساويا في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضلا الخ ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرطا العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان استحقاق أحدهما الثلث الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى علي رضي الله عنه (ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل و) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان (يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال) غيره وهو (الشريك) ويسترزح به (ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل

اعترض عليه بأنه اذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال اعمل في مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما وأجيب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه وما أشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى قرض أو بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما

(قوله ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لا شركة (قوله ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لا شركة قال المصنف (اذ الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل قال المصنف (فعملنا بشبه المضاربة) أقول قال الاتقاني هذا جواب لقول زفر والشافعي إن التفاضل في الربح مع تساوي المال يؤدي الى ربح ما لم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لانه بين في أوائل الفصل عدم لزوم ربح ما لم يضمن

قال (ويجوزان يعقدها كل واحد الخ) أي يجوزان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه أي في هذا العقد اذ اللفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة (قوله للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وقوله (ويجوزان يشتركا) ظاهر وقوله (فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) يعني اذا لم يعرف انه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه (قوله فاذا هلك مال الشركة) ظاهر وقيده الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة

قال (ويجوزان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح الا بما بينا) ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز ان يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا) انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل أن يشتريا شيأ بطلت الشركة) لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان

على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا الى قرض ان شرط للعامل كانه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا أن يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى الخ (قوله اذ اللفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جازان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرط فيها تساويا أو تفاوتا على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه أو يد شريكه لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز فتبطل الشركة أما الاول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وأما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين (في الشركة) والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل

في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا وأما الوكالة المفردة بكن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فلعل في المسئلة روايتين

(قوله يعني اذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني ثم اذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة الا بقوله والظاهر ان هذا هو الصحيح لأن مال الشركة أمانة في يده والقول للامين مع اليمين تأمل فان مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضا (قوله فانها فيهما تبطل الخ) أقول وان لم يقبض المال (قوله بكن وكل رجلا الخ) أقول مخالف للشروح ألا يرى الى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بأن الدفع قد يكون بلا قبض فانه يوجد بالتخلية والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الاقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقاني فيه نظر لأن النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه في الزيادات في باب من الوكالة بالشئ يكون على غيرما أمره انتهى قال الاكمل ولعل فيهما روايتين

وكذا اذا هلك أحدهما لانه مارضى بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه فى ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك فى يده فظاهر وكذا اذا كان هلك فى يد الآخر لانه أمانة فى يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ماشرطا) لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال (ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لأن الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن

يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا فى ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة فى ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أى الشريك الذى لم يهلك ماله (لم يرض بشركة صاحبه فى ماله الا ليشركه) هو أيضا (فى ماله) بتقدير بقائه (فاذا فات ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهى الاشتراك فيما يحصل (قوله فان اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ماشرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء) لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشترى بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أى حكم (الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة فى هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد رحمهما الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع أحدهما الا فى نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها فلا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كما لو كان بعد الشراء بالمالين (واذا) وقع المشترى على الشركة (يرجع على شريكه بحصته من الثمن) لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولا ثم هلك مال الآخر أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعنى الذى فى يده المال (بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صوره فى المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك) وبهذا جمع فى المبسوط بين التناقض الواقع فى جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله فى بعض المواضع فاشترى بالمال الباقى بعد ذلك يكون لصاحبه وفى بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول اذا لم يكن فى الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثانى اذا صرحا بها على ماذكر

(قوله لانه مارضى بشركة صاحبه فى ماله) أى الشريك الذى لم يهلك ماله مارضى بشركة صاحبه الذى هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله بشركته فى ماله كما يشترك هو فى مال هذا (قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد) فائدته تظهر فى حق جواز بيع الكل فعند محمد أيهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما الا فى حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتاع شركة ملك (قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله معناه اذا أدى من مال نفسه الخ (قوله أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح (قوله لما بيناه) اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته

(قال المصنف خلافا للحسن بن زياد) أقول قال الاتقانى فان عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا فى نصيبه وجه قول الحسن ان الشركة التى عقداها ارتفعت بهلاك مال الآخر وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليتأمل فى دفعه فان رأس المال لم ينعدم هنا الصلاحية المشترى له بقاء (قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والاقرب أن يجعل اشارة الى قوله آنفا لانه اشترى نصفه بوكالته

(قوله وانه بالخلط) أى الشركة فى الاصل على تأويل الاشتراك (قوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعنى وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل أى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة فى الثمن مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) اشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعنى بناء على أصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعى وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا ولا تجوز شركة التقبل أى على قول زفر والشافعى لانعدام المال ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل أما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلابد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلأن المراد بالمستند اليه هو أن يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح فى الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف فى الكل فى بعضه بطريق الاصالة وفى بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز أن يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم فى الفرع وهو الربح وان لم يختلط المال لان والدليل الثانى وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيأ لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك حاصل ببقائه أجيب بأن بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض أيضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما فى العروض وأجيب بأن علة فساد الشركة فى العروض ليست التمييز بل هى ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن

لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وقال زفر والشافعى لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة فى الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلابد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه فى النصف أصيل وفى النصف وكيل واذا تحققت الشركة فى التصرف بدون الخلط

وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى الا أن مالكا شرط أن يكون تحت يدهما بان يكون فى حانوت أو فى يد وكيلهما (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه) أى الشركة فى الاصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر فى كل عقد شرعى ما هو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا) أى كون الربح فرع المال (أصل كبير لهما حتى تفرع) عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز مال أحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل فى الربح مع التساوى فى المال) لاختلاف الشركة فى الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة فى الربح مستندة الى العقد دون المال)

(قوله وما اعتبر التعيين الا لتكون الشركة فى الثمن الخ) أقول الانسب للتفريع أن يقال الا لتكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الاصل الخ) أقول كان الاظهر ان يقول وكل ما هو مستند الى العقد فالعقد اصل له فتأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلابد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بجعل الشركة فى الربح مستندة اليه وعلى ما قالاه لا احتياج فى الشركة فى الربح الى العقد أصلا اذ الشركة فى الملك الحاصلة فى الخلط كافية فيها (قوله يتصرف فى الكل) أقول أى فى كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لك ورود المنع

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال (ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له أن يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال (ويدفعه مضاربة) لانها دون الشركة فتتضمنها

حاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبني على الاضافة وانما وجه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لا أن أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف (ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشراء بهما) ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء أو بوجود المال وقت العقد لأنه انعقد في المحل قلنا انما بطلت لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذا هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي) في رأس المال ولا (في الربح وتصح شركة التقبل) (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرطا لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا تخرج الارض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة) من المتشاركين (ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض دونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه) في بعض الأوقات والمضايق وقوله (ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة) فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لانها دون الشركة فتضمنها الشركة

وقوله (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخارج بينهما شائعا قال ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل يجوز له أن يبضع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جاز له العمل به ولان له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح جاز له أن يبضع لان الاستئجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار أعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح هذا ظاهر الرواية

(قوله واذا بطل ذلك الاصل الخ) أقول يعني أصل زفر والشافعي

(وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة (والاول) أي جواز الدفع مضاربة (أصح وهو رواية الاصل لان الشركة) يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كما لو استأجر أجيرا ليعمل فانه يجوز ولا واحدا فهذا أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له أن يكاتب عبده والعبد المأذون له جاز له أن يأذن لعبده فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما أطلق في الكسب وأسبابه وهذا من أسباب الكسب المطلقة لهما لا أنه من المستتبعات وأن يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا أعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي تثبت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له توكيل غيره وأجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب وغيره والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان

يعمله

وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال (ويوكل من يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

لان الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (انه ليس له ذلك لانه نوع شركة) في الربح (والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الربح غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح) فصار (كما اذا استأجره باجرة) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فان أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة (لان الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الامام مستتبعة لصلاتهما بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتأمل يسير ولكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان مال الشركة في يده استحسانا وليس لأحد شريكي العنان الرهن أي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن و يرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدين أن يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا أن يؤخر دينا فان أخر لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الآخر فان أقر وأنكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشرا وان أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر لزمه نصفه ولو اشترى أحدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه ويشارك شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين ما أدانه الآخر أو أداناه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد بعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لكل من شريكي العنان أن (يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل) صريحا (بالشراء ليس له أن يوكل به لانه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن

(قوله وأجيب بذلك الجواب المشهور الخ) أقول وسيجيء نظير هذا من الشارح أيضا في آخر كتاب الشركة ثم أقول فيه بحث

قال (ويده في المال يد أمانة) لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

يعنى اذا انها شريكه عنه لم يكن له عليه فان عليه ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج الدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان اذن له فيه (قوله ويده) اى يد الشريك مطلقا (فى المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لاعلى وجه البدل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذى ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا فى مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين حال الذى كان فى يده فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى فى السير اذا أودع الامام بعض الغنائم فى دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجندفمات وذكر الثالثة فى الوقف ان شاء الله تعالى ﴿فروع فى اختلاف المتفاوضين﴾ قدعلم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه مفاوضة فانكر والمال فى يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة لانه يدعى العقد واستحقاق مافى يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضه أو زادوا على هذا فقالوا المال الذى فى يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ماذكر مقتضاه انقسام مافى يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذى فى يده المال بعد ذلك ان هذا العين لى ميراثا مما فى يده وأقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند أبى يوسف لأن ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف مافى يده وبينة المقضى عليه فى اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من قبل المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا فى يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لأنه انما ادعى تلقى الملك منه ولو ادعى انه مفاوضه والمال فى يد المدعى عليه فأقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان فى يده أو ميراثا أو هبة وأقام بينة قبلت والفرق لأبى يوسف ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفى الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة فى صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال فى يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحى ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشئ مما فى يد الحى لانهما شهدا بعقد علم ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولأنه لا حكم فيما شهدا به فى المال الذى فى يده فى الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذى فى يده فى الحال من شركتهما الا أن يقيموا انه كان فى يده فى حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال فى يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على المفاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير مفاوضة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون فانما يقيمونها على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وتركه ميراثا لابينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل فى قول أبى يوسف وتقبل فى قول محمد كما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعدما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة ان المال كله كان فى يد صاحبه وان قاضى بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاءين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم أو كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذى أنفذه عليه لأن كلا منهما صحيح ظاهرا

وقوله (لاعلى وجه البدل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل أن يدفع الثمن (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لا تفيد مقصودهما) أى مقصود الشريكين وهو التثمير ظاهر وفى بعض النسخ لا تفيد مقصودها أضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بأدنى ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة (قوله ولا يشترط فيه) أى فى هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فالا ان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا أو صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا (٣٨) لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما أما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا وأما الثانى فلان أحد الشريكين لو عمل فى دكان والآخر فى دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على أصل زفر والشافعى فى مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمهما الله فى جوازها اذا كانت الاعمال متفقة أجيب بان زفر له فى هذه المسئلة أعنى الخلط قولان فذكر المصنف فى تلك المسئلة حكم الرواية التى يشترط فيها خلط المال وذكر هنا حكم الرواية التى لا يشترط ولكن أطلق فى اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره متناقضا

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعى لا تجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا فى النصف أصيلا فى النصف تحققت الشركة فى المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز) وفى القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل

فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فنحو الخياطين والصباغين يشتركان فى ان يتقبل كل الاعمال) أو نحو الصباغ والخياط يفعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعى لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها) أى المقصود منها وفى بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أى الشريكين (وهو التثمير) أى الربح (لانه لا بد) فى الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررنا فى الخلاف فى عدم اشتراط الخلط (ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا فى نصف العمل المتقبل ووكيلا فى نصفه الآخر فتتحقق الشركة فى المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وان عمل أحدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أى فى جواز هذه الشركة (اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك) وأورد عليه أنه قدم فى اشتراط الخلط لزفر ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافى اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر فى جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما فى المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكر هنا شرطه فى تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل فى دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه (قوله ولو شرطا العمل نصفين) يعنى التساوى فى العمل والربح أثلاثا (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفى القياس لا يجوز) وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أى لانه لا مال

عقدت

(قوله ولو شرطا العمل نصفين) أى اذا شرطا فى شركة التقبل ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل أثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه أى الى ربح ما لم يضمن فصار كشركة الوجوه فى ان التفاوت فيها فى الربح لا يجوز اذا كان المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت فى ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ فى الربح فى شركة الوجوه أيضا

وقوله (ولكنانقول) بيان وجه الاستحسان ماأخذه كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجر دارا بعشرة دراهم ثم آجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ماقوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح مالم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب فى ذمتهما دراهم كانت أودنانير والربح يتحقق فى الجنس المتفق وقوله (وربح مالم يضمن) تقديره لوجاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز الا فى المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل فى جانب المضارب وبمقابلة المال فى جانب رب المال وليس واحد منهما فى شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) أى يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قيل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه أى الى صاحب الثوب مثلا لو أخذ أحد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان وقوله (وهذا) اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها) وهو العنان (استحسان) أى معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هى مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ماليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (ووجه الاستحسان ان هذه الشركة

فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ماياخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ماقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق فى الجنس المتفق وربح مالم يضمن لا يجوز الا فى المضاربة قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر (ويبرأ الدافع بالدفع اليه) وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة ووجه الاستحسان أن هذه الشركة

عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل فى ربح مايباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجرى فيها اذا شرطا التفاوت فى ملك المشترى فان اشتركا على ان مااشتراه كل منهم يكون للآخر بعضه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك فى الحقيقة عدم التفاوت فى الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح ومابه الاسترباح وهو هنا مختلف لان رأس المال عمل والربح مال وانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أى بحسب التراضى فما قدر لكل هو ماوقع عليه التراضى أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أحذق فى العمل وأهدى وعلى هذا التجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصححوا الجواز لان الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق) فان الربح بدل ماهو مال فيتحقق بالتفاوت فى الربح ربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا فى المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجر فانه نص فى شركة الوجوه التى شبه بها على ذلك فى شرح الطحاوى فقال وينبغى أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى ان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله والشريك الذى لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان انما عمله الذى تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ماتقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة (ظاهر) فيما اذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفى غيرها) وهو فيما اذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (استحسان) فلا فرق فى ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة) واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها أو على معناه وبهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا فى أن المنعقد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع

مقتضية للضمان الا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا) أي ولكون العمل مضمونا (يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك (يجري) هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة في هذين الشيئين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجر أجير أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة وتلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه) وهو أن يشترك الرجلان ولا مال لهما (على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وأمانتهما عند الناس صحيحة عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتريان بوجوههما أي سميت شركة الوجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم واذا أطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهي ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره

(مقتضية للضمان الا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا) سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة (فان شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز

(مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما سمى للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى) هذا العقد وان كان عنانا (مجرى المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البدل) وان لم يتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيهما على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو اجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الا ثلث الاجر (قوله وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما وجاههما والربح بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير ان الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه عفل (وانما تكون مفاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف (فتتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاثمان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عاملا في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في

المضاربة

(قوله وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان في دفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكنز

(قوله ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أى فى الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وهذا) اشارة الى تحتم المساواة فى اشتراط الربح. (قوله بالنصف) قيد اتفاقى فانه يجوز أن يلقى بأقل من النصف ولا يستحق بما سواها ۰ فان قيل لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره فى الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أجيب بأن اشتراط الزيادة فى الزيادة انما يجوز اذا كان فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الاترى) توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها (قوله واستحقاق الربح فى شركة الوجوه) عود الى البحث لاتمام المطلوب يعنى ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على مابيناه) قيل هو اشارة الى ماذكره فى شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ (٣١) . وتقرير كلامه استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه متابلته بالمال والعمل والوجوه أى شركة الوجوه ليست فى معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال فى المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد يعمل فى مال صاحبه كالمضارب يعمل فى مال رب المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لو جاز فى العنان لشبهة المضاربة لصح الشركة بالعروض فى العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لاغتفرناه ولكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس فى المضاربة ما يقتضى اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما أن يلتزم مساغه أو يصار الى مخلصه المعلوم فى الاصول

﴿فصل فى الشركة الفاسدة﴾ وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح

ولا يجوز أن يتفاضلا فيه وان شرطا أن يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الاترى أن من قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك فى المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة والوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها والله أعلم

﴿فصل﴾ فى الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك فى أخذ كل شئ مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل فى أخذ المال المباح باطل

المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعانى الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل فى الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن فى العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض فى العنان ونحن انما لم نجوزها لادائه الى ربح مالم يضمن لان فى جعل رأس مال الشركة عروضا ربح مالم يضمن لا فى مقابلة عمل للمستحق فى مال الآخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما فى الصنائع أجيب بأنه انما يجوز فيما يكون العمل فى مال معلوم كما فى العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

﴿فصل﴾ فى الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله ولا تجوز الشركة فى الاحتطاب والاصطياد) وكذا الاحتشاش والتكدى وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو أصابه من التكدى (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك فى كل مباح) كأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا فى نقل الطين وبيعه من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا ويطبخا ويبيعا

(قوله قيل هو اشارة الى ماذكره فى شركة التقبل بقوله الخ أقول وفيه بحث فان الاستحقاق فى شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها لما ذكرنا) أقول فى رأس الصحيفة السابقة (قوله والجواب أن العنان بالعروض الخ) أقول والاولى عندى فى الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن فى المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهى الدراهم والدنانير فالتشبيه بها لا يكون علة لا التجويز فيما يجوز فيه فليتأمل

﴿فصل فى الشركة الفاسدة﴾

لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان أخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل وان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه

جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما رواه أبو داود عن ابن مسعود قال اشترك أنا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجئ أنا وعمار بشئ وجاء سعد بأسيرين فأشرك بينهم النبى صلى الله عليه وسلم أجيب بأن الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمتنع أن يشترك هؤلاء فى شئ منها بخصوصهم وفعله صلى الله عليه وسلم انما هو تنفيل قبل القسمة أو أنه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنائم بدر كانت للنبى صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لان أمر الموكل به) أى بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه وولايته (والوكيل يملكه) أى يملك المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائبا) عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه فى ذلك والكلام فى التوكيل بخلافه وأما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فأما اذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بأن اطلاق نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد (قوله فان أخذاه جميعا) يعنى ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا فى الاكتساب وكان المكتسب فى أيديهما فالظاهر أنه بينهما نصفان والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف الظاهر (وان أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيأ فهو للعامل) لوجود السبب منه (وان عمل أحدهما وأعانه الآخر) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه أحدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك) وقوله (وقد عرف فى موضعه) يعنى كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد أن المسمى مجهول اذ لم يدر أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيأ أو لا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ وأبو يوسف يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيأ وفيما اذا أصابا أنه ان كان أجر مثله أكثر فهو قد رضى بما دونه من النصف وكونه مجهولا فى الحال فهى حالة على شرف الزوال فانه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيأ فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فحينئذ أجر المثل بالغا ما بلغ وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله (نصف ثمن ذلك) بالرفع لانه

باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل ومن يملك شيأ بدون أمر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثانى بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صح أن يكون نائبا عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله (فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف فى موضعه) أى فى كتاب الشركة من المبسوط قيل تقديم ذكر محمد على أبى يوسف رحمهما الله فى الكتاب وكذا تقديم دليل أبى يوسف على دليل محمد فى المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد ووجه قول أبى يوسف أنه رضى بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا فى الحال لانه يعلم فى المآل وكانت جهالته على شرف الزوال فانه بعرضية أن يصير معلوما عند الجمع هو

(قوله لانه صادف غير محل ولايته) أقول وفيه بحث لانتقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثانى (قوله والجواب أن معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النقض (قوله قيل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتقانى

قال (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذى استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل) أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء وأما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر فى المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال

هو النائب عن الفاعل ﴿فرع﴾ لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما ولو كان لاحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه (قوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقى عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية فى الاصل هو الجمل الذى يحمل عليه الماء سمى به لانه يرويه ويقال رويت للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهى الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤجر الكل واحد فما رزقا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتى على ان ثمنه بيننا ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم ان أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة فى عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا الحمولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما انصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر فى شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعملا بتلك الآلة فى ذلك البيت وان اجرا البعير أو البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف الاجر على قول أبى يوسف وبالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤاجرها وما أطعم الله تعالى بينهما انصفان كان الاجر كله لمالك الدابة وكذا فى السفينة والبيت لما بينا اذ تقديره انه قال بع منافع دابتى ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد أجر مثله لانه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع اليه على ان الربح بينهما انصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثانى أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على ان يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعى وبه قال أحمد والاجر كله للذى استقى وعليه أجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل وأجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزايد (أما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو) نقل (الماء) وأما وجوب الاجر فلان المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقى وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجر المثل (قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال الخ) كألف لاحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما (لان الربح فى) وجوده (تابع للمال) وانما طاب على التفاضل

كان راضيا فى الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع فى الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه فى اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد أنه لا يمكن تقريره أى تقرير أجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدرى أى نوع من الحطب يصيبان وأى قدر منه يجمعان ولا يدريان أيضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة أو لا يجدانه فاذا كان كذلك لا يمكن أن يقال ان المعين رضى بنصف المسمى من الحطب أو غيره لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ ألا يرى أنه لو أعانه عليه فلم يصيبا شيأ كان له الاجر بالغا ما بلغ فههنا أولى لانهما أصابا وقوله (واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية) الراوية فى الاصل بعير السقاء لانه يروى الماء أى يحمله ثم كثر حتى استعمل فى المزادة وهى المرادة هنا قال أبو عبيدة المزادة لا تكون الا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله (لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره) فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب الشافعى رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب أنه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والريع عبارة عن الزيادة يقال أخرجت الارض ريعا أى غلة لانها زيادة

(واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم ودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله أعلم

بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البزر في المزارعة والربع الزيادة (قوله واذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) مفاوضة كانت أو عنانا اذا قضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي بالبطلان حتى أسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند أبي حنيفة رحمه الله لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة أي مشروط ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فانها لا يتحقق ابتداؤها الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالتحاق لانه موت حكمي على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ أحد الشريكين الشركة ومالها دراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في أيديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان أو عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه

﴿ فروع ﴾ انكار الشركة فسخ وقوله لا أعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا القيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي أم سخط بخلاف الشريك فان أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه اهـ وهذا غلط وقد صح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص ولا يشكل على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم أثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال

وقوله (على ما بيناه من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه الى قوله ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) لكون موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحويل ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله (لانه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتوقف على العلم

(فصل) ولما كانت أحكام هذا الفصل أبعد عن مسائل الشركة من قبيل أنها ليست من مسائل التجارة أخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره وقوله (أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافا لهما وقوله (لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني أداء بعض ماله على يد الوكيل الا لدفع الضرر أي بقاء الواجب في ذمته وقوله (لانه عزل حكمي) اعترض عليه بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هنالك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بأداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيأ فقد فرق هنالك بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هنالك أيضا بأداء الموكل وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أداؤه موجبا عزل الوكيل حكما فوضح الفرق أن هنالك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله بأداء الموكل لا لحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا وههنا (٣٥) لو لم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا أوجب الضمان بكل حال واعترض عليه أيضا بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدى عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء وأجيب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الآمر وعند ما يؤدى الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان أداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما أمره فلذلك ضمن وقوله وأما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار وتقديره أنا لا نسلم أن المأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمره مقصودا فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرى فعل المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن

(فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه) لانه ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدى زكاته فان أدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الاول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا أديا على التعاقب أما اذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة اذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا ولابي حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا

سنين مع الخاسرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال أو استهلكه فأراد الغائب أن يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا أخص من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

(فصل) لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة اذ ليست من أمور التجارة والاسترباح أفردها بفصل وأخره (قوله واذا أذن كل أن يؤدى زكاة أمواله اذا حال الحول فحال فأدى) وقد أدى الآذن المالك ضمن لشريكه ما أداه (علم بالاداء أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله) وعندهما لا يضمن ما لم يعلم بأدائه هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم بأداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم بأدائه أو لم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما اذا أديا على التعاقب فان أديا معا ضمن كل نصيب

(فصل وليس لاحد الشريكين أن يؤدى زكاة مال الآخر الا باذنه الخ) (قوله وأجيب بأن الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتقاني والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قولهما فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله واعترض عليه أيضا الى قوله وأجيب عنه بأنه أمره الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتقاني

وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما أنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله انه أدى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل فى الشركة وأدى المشترى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحبه بشئ كما لو اشتراها قبل الاذن وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشئ وبين دخولها فى الشركة بقوله (جريا على مقتضى الشركة) أى شركة المفاوضة فان ذلك يقتضى دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها ألا ترى أنهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطؤها أجيب بأنه كان يحل وطؤها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله (غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه) استثناء من قوله وأشبه حال عدم الاذن فانه كان مما يوهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهنالك لم يحل وطؤها وبعد الاذن يحل فأزال ذلك بقوله غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع يعنى لا يمكن أن يقال حل الوطء بناء على أنه اشترى جميعها لنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن فكأنه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك جازت الهبة فى الشائع لان الجارية مما لا تقسم ملكهما

الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشترى جارية فيطأها ففعل فهى له بغير شئ عند أبى حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن) لانه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما فى شراء الطعام والكسوة (وهذا) لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت فى الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذهما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة فى ضمن الاذن

الآخر عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره فى المبسوط وزيادات العتابى وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما انقع بما أداه بنفسه وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان أداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما فى خلافية الكتاب انه أدى بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لانا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بأمر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما فى وسعه وليس فى وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليقضى بها دينا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضا كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولابى حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه (لم يقع زكاة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتنقيص المال الا لدفع الضرر الدينى وقد خلا أداؤه عن ذلك (فصار بأدائه معزولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمى) لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا وأما ما التزمتم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم أبى حنيفة الجواب فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أو لم يدركه و يفعل أفعال فائت الحج (وفى مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه) وأما مسئلة الدين فالفرق انه أمره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ دائنه وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يفت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهما ما ليس فى وسعه ايقاعه زكاة فكان المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكميا لهما أن يمنعاه لانه موقوف على كون الامر صح بدفعه مقيدا بوقوعه زكاة وهو ممنوع وقد قيل انه لما أمره بأداء الزكاة كان ناويا لها فلو بادر الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الآمر كان بتأخيره متسببا لوقوعها غير زكاة ولا يخفى ما فيه (قوله واذا أذن أحد المتفاوضين للآخر أن يشترى جارية و يطأها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهى له بغير شئ عند أبى حنيفة وقالا يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لانه أدى دينا عليه من مال الشركة) لان الملك فيها له خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت فى الشراء على الشركة جريا) على موجب المفاوضة (اذ لا يملكان تغييره فكان كحال عدم الاذن) ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ (لا يحل الا فى ملك ولا يمكن اثباته بالبيع) الصادر من البائع لاحد الشريكين (لما بينا) من عدم

بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشترى خاصة لان ذلك مستثنى عنه للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا أنه ادخلت فى الشركة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبى حنيفة ومحمد والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذى هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثانى أن الملك يثبت فى نصيب الشركة بالهبة حكما للاذن بالوطء والملك لا يثبت فى الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره أحللت لك وطء هذه الجارية لا تصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذى هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثانى أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشىء ضمنا ولا يثبت قصدا قوله (والبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب الوقف﴾

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدك عنى الخ) أقول المسئلة مذكورة فى الاصول (قوله وعن الثانى أن المصنف أشار الى ذلك بقوله فى ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشىء ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبيل ثلاث ورقات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما للاحلال يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لا يملكها المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبى

بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنه للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفى مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا (والبائع ان يأخذ بالثمن أيهما شاء) بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

﴿كتاب الوقف﴾

ملكهما لتغير مقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل أحللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف وأجيب بالفرق بأن الجارية المشتركة أقبل لتملك الشريك لها من الجارية التى لا يملك المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان أحد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبى فأما من له حق التملك كالاب والجد فالرواية غير محفوظة فى تملك الجارية بالاحلال

﴿كتاب الوقف﴾

مناسبته بالشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل فى الشركة مستبقى فى ملك الانسان وفى الوقف مخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهى الانتفاع الدار الباقى على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما فى الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست قال عنترة

ووقفت فيها ناقتى فكأنها ＊ فدن لأقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان فى قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف وأما أوقفته بالهمز فلغة رديئة وقال أبو الفتح ابن جنى أخبرنى أبو على الفارسى عن أبى بكر عن أبى العباس عن أبى عثمان المازنى قال يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر أعنى الوقف فى الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع على أفعال فقيل وقف وأوقاف كوقت وأوقات وأما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتى تمامه فلا حاجة لافراده هنا أيضا وانما قلنا أو صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لابد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا ببر الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن

يعطى لمساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص فى وقفه مساكين أهل الذمة جاز ويفرق على اليهود
والنصارى والمجوس منهم الا أن خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر
كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم
شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف ولا نعلم أحدا
من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسى شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام
سبب للحرمان وهذا البعد من الفقيه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له أن
يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع
فى كلهم قربة ولا شك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن تدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات
عندنا فكيف لا يعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم
يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس
سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط
صحة وقفه أن يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداء
ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف فى وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم أن خلاف
أبى حنيفة فى الوصية فانه انما شرط أن يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية
ولو أنكر فشهد عليه ذميان عدلان فى ملتهم قضى عليه بالوقف ولو وقف على أن يحج به أو يعتمر لم يجز
لانه ليس قربة عندهم بخلاف مالو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا
وعندهم وأما المرتد اذا وقف حال ردته ففى قول أبى حنيفة هو موقوف ان قتل على ردته أو مات بطل
وقفه وقول محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما تجيزه لاهل ذلك الدين أما المرتدة فأبو حنيفة يجيز وقفها لانها
لا تقتل وأما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا فى أى وجه كان ثم ارتد يبطل الوقف و يصير ميراثا سواء قتل على
ردته أو مات أو عاد الى الاسلام الا أن أعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف فى وقف المرتدين
خلافا بين أصحابنا مبنيا على الخلاف فى الذمى يتزندق يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا قال بعضهم أقره
على ما اختاره وأقر الجزية عليه لانى ان أخذته بالرجوع فانما أرده من كفر الى كفر ولا أرى ذلك وقال
بعضهم لا أقره على الزندقة وأما الصابئة فان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف
من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صح من وقوفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل
الاهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم أهل الاسلام ألا ترى الى قبول شهاداتهم
على المسلمين فهذا حكم باسلامهم وأما الخطابية فانما لم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور
على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعى اذا حلف أنه محق ومن الشروط الملك وقت الوقف
حتى لو غصب أرضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه أو صالح على مال دفعه اليه لا تكون
وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على أنه هو الواقف أما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير
فأجازه جاز بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذى سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف
الفضولى وستأتيك فروع أخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه أن لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر
القاضى عليه لسفه أو دين فوقف أرضا له لا يجوز لان حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بأرباب
الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاف وينبغى انه اذا وقفها فى الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة
لا تنقطع أن يصح على قول أبى يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا وأما
عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو أجر أرضا عامين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف
بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا

أرضه ثم وقفها قبل أن يفتكها لزم الوقف ولا تخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين في يد المرتهن فاذا افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات أحد المتآجرين تبطل وتصير وقفا وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا أو دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول وأما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا بأس أن نسوق شيأ من الالفاظ أرضي هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها أو بقيمتها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكاة أو كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح الا عند أبي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي بقوله أيضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول أبي يوسف بأن الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة أو حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل اذا تعارفوه وقفا مؤبدا على الفقراء كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه أو قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان أراد الوقف فهي وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لانه أدنى فاثباته به عند الاحتمال أولى واعترضه في فتاوى الخاصي بانه لا فرق بينهما وذكر في احداهما اذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى أن كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احداهما والا فلا شك أن في كل منهما اذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافرادا لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر أولا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما أمكن كأنه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي أن لا تدخل الثمار لما سنذكره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي أن لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على أنها العبارة الوافية الا أن قوله في الاسرار ولو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد أن فيه خلافا ولا ينبغي فان التأبيد أن يجعله في أول الامر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم) أي بخروجه عن ملكه (أو يعلقه) أي يعلق الوقف (بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا)

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال (٣٩) وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها أنا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا وأوقفتها لغة رديئة وعرفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا بالغا عاقلا وكون المحل غير منقول وركنه أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف أي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح

قال الاتقاني الوقف الحبس من قولهم وقفت الدابة اذا منعته من السير قال صاحب الجمهرة الوقف مصدر وقفت الدابة أوقفه وقفا وكذلك كل شئ حبسته وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل وقال ابن جني في شرح المتنبي أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وأرضي ولا يعرف أوقفت من كلام العرب انتهى وفي شرح الكاكي الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف أرضه على ولده لانه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف كقوله نسج اليمن وضرب الامير وجمع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا الخ) أقول فيه بحث لان في مصدر وقف اللازم يجيء وقوفا على ما اعترف به لا وقفا والجواب أن مقصوده انه مصدر وقفتها أنا وذكر وقفت الدابة للتوطئة يدل على ذلك ذكر مصدر الاول دون الثاني

وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه إليه) قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الأصل والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذي قدمنا صحة الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه إليه) بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخارى وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس إلى آخره لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بمنفعته وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيأ وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الملفوظ في الأصل) يعني المبسوط وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذن فأبو حنيفة لا يجيز الوقف أي لا تثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لأنه ليس حقيقة العارية لأنه إن لم يسلمه إلى غيره فظاهر وإن أخرجه إلى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه ﴿فرع﴾ يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصي بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان وبعده للمساكين أبدا فإن هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد ولا يخفى أنه لا حاجة إلى سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك الله في الأشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضيخان الآن عند أبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الأصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل إلى ملك الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية أن هذا قول آخر للشافعي وأحمد لأنه صلى الله عليه وسلم قال حبس الأصل وسبل الثمرة اهـ وهذا أحسن الأقوال فإن خلاف الأصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو خروجه لا إلى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع فمن الأول المسجد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما يمكن أن يقع بالدليل ولا شك أن ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فإن الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق بأصله مع أنه ليس على ظاهره والإخراج إلى مالك آخر ثم رأينا غيره بينه بقوله إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم

وما عرفه به أبو حنيفة رحمه الله يقتضي أن لا يصح الوقف لأنه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله (وهو راجع) إلى قوله (فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الأصل) يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فإن لفظ المبسوط فأما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده أنه لا يجعله لازما أما أصل الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم إلا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه وإخراجه مخرج الوصية بأن يقول أوصيت بغلة داري فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود المنفعة إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث

والاملفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة الى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد أمكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى

الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس والمفهومان مختلفان لان معنى تصدق بأصلها املكها الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه أي على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الامعنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم مجيبا لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بأمرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير العين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة حكم الحاكم الذي به زوال الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظاهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك الوقف فان أبطله أو غيره قاض فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع و يتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم أحد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا أبطله قاض يصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيخان و ينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا كان وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه و بيعه فائدة للورثة فيحمل ماذكرا ذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث (قوله والملفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري أو حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح أي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدأ بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين انه بلا تنوين للعلمية والتأنيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في دعد قال محمد بن الحسن في الاصل أخبرنا صخر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يارسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين ولابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين و باقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد أشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق الى تحقق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المصنف بانه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وأمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل يتحقق بالحكم

(قوله والملفظ) أي لفظ الوقف ينتظمهما أي يتناول ما قاله أبو حنيفة وهو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس أفأتصدق به فقال تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من ثمرته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين أصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة

وقوله (اذ له نظير فى الشرع وهو المسجد) لبيان نفى استبعاد أن تخرج من ملك الواقف ولا تدخل فى ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير أن تدخل فى ملك أحد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك فى الوقف ولابى حنيفة قوله (عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله) أى لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة فى موضع النفى تعم فتتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وقوله (جاء محمد ببيع الحبيس) يدل على أن لزوم الوقف كان فى شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله (كالسائبة) هى الناقة التى تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفرى أو برئت من مرضى فناقتى سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسييب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مملوكة له منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم تخرج عن ملكه فكذا اذا وقف أرضه أو داره وقوله (بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت فى العبد من غير تمليك لاحد وقوله (وبخلاف المسجد) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

اذ له نظير فى الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لاحبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس لان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى

بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطلوبهما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الائمة الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف (قوله وله) أى لابى حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لاحبس عن فرائض الله أسند الطحاوى فى شرح معانى الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطنى وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعفوهما ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على على حدثنا هشيم عن اسمعيل بن أبى خالد عن الشعبى قال قال على رضى الله عنه لاحبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغى أن يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا والا فلا يحل والشعبى أدرك عليا وروايته عنه فى البخارى ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبى شيبة فى البيوع حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس وأخرجه البيهقى وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل (قوله ولان الملك الخ) ظاهره مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك الملك لغير الواقف أو له واتفقنا على أنه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب موجب لامر دله خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع فى الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيأ غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما ألحق المسجد بها وأيضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة أن الآدمى خلق مالكا غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى

قال المصنف (والملك فيه للواقف ألا ترى ان له ولاية التصرف) أقول ومعنى الملك على ما يجىء من الشراح فى أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا فى المحل (قوله الا ما قام عليه دليل) أقول كالوصية اصل

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

أصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة أو برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في أحاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء أختها وأم سلمة وأم حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة ابن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ أن الفتوى على قولهما (قوله وأما تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم) وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا لو قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي الى آخره فات لم تصر وقفا وله أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير أن الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا أيضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بأن صحته اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها أما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال أو من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق أما لو قال شئت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تنجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكم به الحاكم القاضي وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح أنه لا يرفع الخلاف فللقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي بلزومه وقوله (فالصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الواقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي أصل الموقوف على ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ ولكن لا يفتى به (قوله وقال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد لأن التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة

بعد الموت لأن تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة إلا أن يحكم به فله بيعه ويورث عنه إذا مات قبل الحكم إلا أن تجيز الورثة وعندهما يلزم إلا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضيخان مريض وقف وعليه دين محيط بماله يباع وينقض الوقف كالوقف دارا ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه دين محيط بماله فإن وقفه لازم لا ينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالاتفاق لأنه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو) قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لأنه إسقاط الملك كالعتق (وعند محمد لا بد) له (من التسليم إلى المتولي لأن الواقف أن يجعله لله) فيصير حقا له وحقه إنما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لأن الوقف تمليك لله تعالى (والتمليك منه وهو مالك لجميع الأشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى أن التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لأنه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا موجب لاعتباره حتى يحتاج إلى تكلف توجيهه لأن غاية ما يوجبه الدليل إما خروج الملك عند الوقف لا إلى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته إلى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فإذا فعل خرج من عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم إلى المستحق تسليما إليه تعالى كأنه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولي كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس إلا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فأخذوا بقول محمد رحمه الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى إلا أنه قال وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار يعني ما روي أن عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورده في المبسوط بأنه لا يلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوف التقصير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تفريغ نفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم إلى المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بأن التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يد سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها يوجب عليه إخراج أحدهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما ينبني على هذا الخلاف ما ذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لأن هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده إلى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو أراد الواقف أن يعزل القيم ويرده لنفسه أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته ويولي غيره أو يرد النظر إلى نفسه وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم لأنه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على أن عند محمد لا يصح الوقف إلا بالتسليم إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف فإذا سلم إلى قيم كان وكيله وله أن

(قوله وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه) أي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى وإن كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا فيأخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله فينزل منزلة الزكاة والصدقة) يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه من ملكه كسائر أملاكه ولما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله (يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا أعتق عبده بشرط أن يصرف غلته الى كذا أو جعل أرضه مسجدا بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول انما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما الا قول أبي حنيفة الا اذا حكم به الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم ولكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن (٤٥) ملك الواقف عند أبي حنيفة لان الوقف عنده

قال (واذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله اذا صح (خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لانه يعتبر بالهبة والصدقة

يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا ينبني عليه ما لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي وأحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان أهلا للملك الا انه لا يباع ولا يمتلك والمختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لان القسمة من تمام القبض) ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف

معرف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا ترى ان القربان تصير بالاراقة الى الله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز أن يكون أمر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره وأما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام فيه سواء العاكف والباد فعلمنا أن الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما ألحقه بالمسجد الحرام والكعبة (قوله لان القسمة من تمام القبض) بيانه أن القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة (قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لا خلاف بينهما أن القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في أن أصل القبض شرط أولا عند أبي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضا يجوزه ويعتبره كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة الصحة المستقرة بقرينة الاطلاق فان ما هو على شرف الزوال كأنه ليس بموجود وبقرينة النسخة الاخرى فان الاستحقاق بعد الصحة المستقرة فيكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليتأمل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى اللزوم) أقول فيه تأمل اذ حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الا أن يحكم به حاكم كما لا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول لا نسلم ذلك فانه يجوز أن يكون المعرف هو المعنى المصدري أعني احداث الوقف وانشاءه أو يكون المعرف هو حقيقة الوقف بدون ملاحظة امر آخر من حكم الحاكم فليتأمل (قوله وعن الثاني بأن خروج الملك الخ) أقول فيه بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المحل شرعا فلو صح ما ذكره لانتقض تعريف الملك ويجوز أن يجاب بملاحظة قوله بتولية الشرع بأن يراد بالقدرة القدرة الاصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

المنفذة الا فى المسجد والمقبرة فانه لايتم مع الشيوع فيما لايحتمل القسمة أيضا عند أبى يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما فى غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه فى وقت ويتخذ اصطبلا فى وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل فى الباقى عند محمد لان الشيوع مقارن

لايشترط قبض المتولى فلا يشترط ماهو من تمامه فمن أخذ بقول أبى يوسف فى خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذ بقوله فى هذه ومن أخذ بقول محمد فى تلك وهم مشايخ بخارى أخذ بقوله فى وقف المشاع وأما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة (المنفذة) أى المنجزة فى الحال فانها لاتكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض فى تينك لمافيهما من التمليك للغير وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أولا يحتملها ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لايحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أى سواء كان مما يحتمل القسمة أولا يحتملها والخلاف مبنى على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشرطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض ألاترى أن الشائع كان مقبوضا لمالكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لايحتملها لانه لوقسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقق التسليم فى الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لايحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدى الى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو ميضأة عاما وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضى بصحته وطلب بعضهم القسمة لايقسم عند أبى حنيفة ويتهايؤن وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب وأرادوا القسمة لاتجوز وكذا التهايؤ وعليه فرع مالو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ماتناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرى وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعارة لاغير ولو كثر أولاد هذا الواقف وولده ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكناها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكران أن يسكنوا نساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لايستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة انما سكناه لمن جعل له الواقف ذلك لالغيرهم ومن هذا يعرف ان لوسكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لايستوجب أجرة حصته على الساكن بل ان أحب أن يسكن معه فى بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لأحدهم ذلك والاترك التضيق وخرج أو جلسوا معا كل فى بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور فى الشروح والفرع فى أوقاف الخصاف ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما أعنى الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبى يوسف فوقع نصيب الواقف فى محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه ثانيا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه) يعنى شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق

المنفذة أى الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احترازعن الصدقة الموقوفة وهى فيما نحن فيه (قوله الا فى المسجد والمقبرة) استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند أبى يوسف فانه لايتم مع الشيوع فيما لايحتمل القسمة بأن كان الموضع صغيرا لايصلح لما أراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة فى المشاع الذى لايحتمل القسمة لايجوز أصلا لاقبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولابعدها أما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ماسيجىء وأما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غيرصالح لذلك لصغره فبقى أن يكون بطريق المهايأة والمهايأة فيهما فى غاية القبح الخ ماذكره فى الكتاب وهو ظاهر

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على وكذا كذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا وقال أبو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدون التمليك فانه يتأبد كالعتق فوجب الوقف يتأبد واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال هنا موجبه زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول أبي حنيفة في رواية عنه أخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل أراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوفق وأقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل على جهة تنقطع لان التقرب الى الله تعالى تارة في الصرف الى جهة تنقطع وأخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض أو رجع الورثة في الثلثين بعد موت المريض وقد وهبه أو أوقفه وفي مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين

ظهران الشيوع كان مقارنا للوقف (كما في الهبة) اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض) الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طار واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزأ بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع) فلهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة ألا ترى انه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شئ من ذلك لان قبض كل منهما لاقى جزأ شائعا فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسموهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله (ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تمليك) وزواله يتأبد بعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلا له) كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا

قال المصنف (لهما ان موجب الوقف زوال الملك) أقول أنت خبير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وجوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه الى آخره) أقول فيه انه اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما اذا سمى جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلا مجتهدا فيه فليتأمل قال المصنف (ولابي يوسف رحمة الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله هو المختار

وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال (ويجوز وقف العقار)

انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأبيد حيث قال (وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان أبا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق) وعندهما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى أن يولى هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلهما الاول وأما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ورثته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأي امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبار السكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال وان لم يحتج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله تعالى عند أبي يوسف لما بينا انه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فأما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز أن يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل للناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها أو مات أو عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينص على ذلك فيقول فان عادت أو فارقت عاد ما كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أولا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجر يقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه

ورماده

وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكره عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل إن التأبيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله (وهذا على الارسال) أي ما ذكره القدوري

(قوله والجواب ان المروي الخ) أقول هذا ابهام في كثير من المواضع

لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول أبي حنيفة (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز) وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى

ورماده ولا يدخل مسيل ماء في أرض مملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وقفوه) قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا وأسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه أرضه ثمغ وأخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر أن نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم اجازته الوقف ﴿فرع﴾ اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغناء لشهرتها عن تحديدها ﴿فرع آخر﴾ وقف عقارا على مسجد أو مدرسة هيأ مكانا لبنائها ثم قبل أن يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد لفلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الارسال) أي على الاطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال القدوري (وقال أبو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز) والاكرة الحراثون (وكذا آلات الحراثة) اذا كانت تبعا للارض يجوز (لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كا) لبيع (الشرب) والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وهذا كثير مستغن عن العد ولو مرض بعضهم فتعطل عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والا لا نفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فأخذ ديته عليه أن يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداه فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلا معنى لافراد أبي يوسف (لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فتجويزه تبعا للعقار أولى وضمير لانه للشأن أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء

من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الاطلاق مقصودا أو تبعا كراعا أو غيره تعاملوا فيه أولا قول أبي حنيفة والاكرة جمع أكار وهو الزراع كأنها جمع آكر تقديرا وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جاز افراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعا للشيء كما في المتعارف مثل الفأس والقدوم والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلأن يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعا أولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تأمل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلأن يجوز الوقف فيه تبعا أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقا فلا تدبر

(وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالد فقد حبس أدرعا وأفراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى أكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه

من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أيضا في ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل) من شرط التأبيد والمنقول لا يتأبد (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيرا فأغناه الله وأما خالد فإنكم تظلمون خالدا وقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي علي ومثلها ثم قال أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدراعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعه على أكراع لأن فعالا لا يجمع على أفعال بل على أفعل كعقاب وأعقب وإنما ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكارع إلا أن الطبراني أخرج عن ابن المبارك حدثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي إلا أن أموت على فراشي وما من عمل أرجى عندي من لا إله إلا الله وأنا متترس ثم قال إذا أنا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عمل أرجى عندي بعد لا إله إلا الله من ليلة بتها وأنا متترس والسماء تهلني ننتظر الصبح حتى نغير على الكفار وإذا عرف هذا فالإبل تدخل في حكمه بالدلالة لأن العرب يغزون عليها مع أنه روي أن أم معقل جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فإن الحج والعمرة من سبيل الله والحاصل أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وأما وقفه مقصودا إن كان كراعا أو سلاحا جاز وفيما سوى ذلك إن كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وإن كان متعارفا كالجنازة والفأس والقدوم وثياب الجنازة ومما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز وإليه ذهب عامة المشايخ منهم الإمام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى لقاضيخان وقف بناء دون أرض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار جاز فإنه قال في رجل وقف بناء داره دون الأرض إنه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق إن وقف رجل حانوتا منها قال إن كان الأرض إجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لأنا رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها وإنما له غلة يأخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فأفاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه وإلا فلا وذكر في موضع آخر في فتاوى قاضيخان إذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر أنه إنما يختص

(قوله لما بينا من قبل) يعني ما مر أن من شرطه التأبيد والتأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس

(قوله يعني ما مر أن من شرطه التأبيد والتأبيد لا يتحقق في المنقول) أقول وفيه تأمل كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يجيء.

ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعى كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يكون غيرهما فى معناهما

البناء بذلك لان العادة أن تتخذ على جنبتى النهر العام وذلك غير مملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء فى أرض هى عارية أو اجارة وان كانت ملكا للواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء فى أرض وقف جاز وقفه على الجهة التى تكون الارض وقفا عليها اذ كر الكل فى الفتاوى واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاف فى أرض الحكور اللهم الا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفى الخلاصة اذا وقف مصحفا على أهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فى ذلك المسجد وفى موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول أبى يوسف أن القياس يأباه والنص ورد فى الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وقد وجد التعامل فى هذه الاشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعى رحمه الله كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز فى قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلى وأما الحلى فيصح وقفه عند أحمد والشافعى لان حفصة رضى الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة فى المغنى وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المصنف بأن حكم الوقف الشرعى التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك فى الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ولا يلحق دلالة أيضا لانه ليس فى معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففى الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم رجوت أن يكون جائزا وعن الانصارى وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها فى الوجه الذى وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع و يدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا

وقوله (الحاقا لها بالمصاحف) يعنى أن وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر فى فتاوى قاضيخان اختلاف المشايخ فى وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احترازعن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذى خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله فى ملكه وقوله (ويجوز بيعه) احترازعن حمل الناقة والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف فى المنقول لا يتأبد وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لان التأبيد لا بد منه على ما بيناه فصارت المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار وقوله (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح ووجهه أن الاصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم الا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله (ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الاصل فى الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود فى المراجل والقدوم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه أن لهما معارضا من حيث التعامل وليس بموجود فى صورة النزاع كالعبيد والاماء والثياب والبسط وأمثالها فبقى على أصل القياس وقوله (وهذا) استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما القوتهما ليس فى معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به

قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقاء الموقوف وذلك موجود فى فى محل النزاع أيضا فليتأمل

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه) أى اذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا أن يكون مشاعا عند أبى يوسف فيطلب الشريك القسمة فتصح مقاسمته

قال (واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا أن يكون مشاعا عند أبى يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته) أما امتناع التمليك فلما بينا وأما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا أن فى الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذى يقاسمه القاضى

السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير فى الرى وناحية دنباوند والاكسية واسترة الموتى اذا وقف صدقة أبدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها فى أوقات لبسها ولو وقف ثور الانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل فى سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه مادام حيا ان أمسكه للجهاد جاز له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان لجاعل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به فى غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعنى يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال فى الخلاصة وهذه دليل على أن المسجد اذا احتاج الى نفقته يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اهـ وهذا عندى غير صحيح لانه يعود الى القبح الذى لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤاجر لغير ذلك فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا ثم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابى يوسف وأما اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفى الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والجوارى على مصالح الرباط واذا زوج السلطان أو القاضى جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان فى الاول اكتسابا للوقف دون الثانى ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل فى وقفه الحمامات الاصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل أبو بكر عمن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها الا ان تفسد أغصانها فان لم ينتفع بأوراقها وثمرها فانما تقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا غرس مكانها وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقى بعضها فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقى متروك على حالها (قوله واذا صح الوقف) أى لزم وهذا يؤيد ما قدمناه فى قول القدورى واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ثم قوله (لم يجز بيعه ولا تمليكه) هو باجماع الفقهاء (الا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبى يوسف فتصح مقاسمته أما امتناع التمليك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى آخره ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من البيع (وأما جواز القسمة) أى عندهما فان على قول أبى حنيفة لا يجوز وان قضى القاضى بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح فى غير المثليات (فلانها تمييز) معنى (وافراز غاية الامر أن الغالب فى غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان فى الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أبى يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله (و) لو طلب الشريك القسمة (بعد موته) فالقسمة (الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فـ) للقسمة طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضى)

فقوله الا أن يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لان معنى المبادلة فى قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعا اما امتناع التمليك فلما بينا يعنى ما روى من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب وما ذكره من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الخ وقوله (وأما جواز القسمة) فظاهر وقوله (فهو الذى يقاسم) أى الواقف هو الذى يقاسم شريكه لا القاضى وقوله (خالص) صفة عقار أى لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون القاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف الذى هو الوقف مطالب من مالك النصف الذى هو غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع أمره الى القاضى ليقاسمه

(قوله استثناء من قوله لم يجز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تمليكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخره كونه استثناء من المجموع والامر سهل

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال (والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء

بان يرفع الامر اليه و يطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه) ان أحب وهذا (لان الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الآخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الآخذ شريكه بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا أما اذا انهدم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وأنت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفائدة وقد تحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا تمكن عمارته فهو للواقف ولورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا وأما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيأ من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشرط) لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك (بصرف الغلة مؤبدا) ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبذر وارزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الائمة وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة

أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة او تراضيا على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا لضرورة أو بالتراضي على ما سيأتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلو اما أن يكون الواقف يأخذ الدراهم أو يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيأ من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري شيأ بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز

ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لايظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شئ آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول أصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم

فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكه يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضمان) أي الانتفاع بخراج الشئ كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشئ أي لكون ذلك الشئ لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزارى عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشترى المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب و يرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشترى لانه في يده اه ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور أن يلزموا العدم اجتماعهم ولعسرتهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات فمن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف) عليها (فأما الزيادة فليست بمستحقة) فلا تصرف في العمارة (الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أي الزيادة (والاول أصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيأ قال الامام فخر الدين قاضيخان رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيأ أما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم

وقوله (لان الخراج بالضمان) هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لايظفر بهم أي لا يفوز المتولى بهم لعدم تعينهم وعسرتهم وأقرب أموالهم الى المتولى هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أيضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أي لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لا زائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر

وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى) لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه فى حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها) لانه لابد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه فى الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل

وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان فى ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العمارة (أولى) من الثانى وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أولى من ابطال احداهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من) الزام الضرر بـ(اتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيه) ما اذا عقد عقد (المزارعة) وبناء من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لان امتناعه فى حيز التردد) يعنى دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة أو لرجائه اصطلاح القاضى كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجرها الحاكم لانه (لا تصح اجارة من له السكنى) وعلله بقوله (لانه غير مالك) وفى تقريره قولان أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة فى وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلابد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى ان لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى أن يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذى قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشنى انه رأى فى المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولى أو القاضى ونقل عن الفقيه أبى جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم تجوز اجارته وهذا فى الدور والحوانيت وأما الاراضى فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤاجر وان لم يشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه فى المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كرماد تسفوه الرياح وخطر لى انه يخيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها او بين أن يردها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجر كالخشب والقصب وقد يضم عطفا على ما صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط فى قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا فى الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتم سياذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا يخل بالانتفاع

وقوله (والاول أولى) يريد بها اجارة الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثانى هو ترك العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا وقوله (فى حيز التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله فى الحال ولرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين فى ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة فى ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون البناء المنقوض وفى الصحاح ذكره بكسر النون لاغير

وقوله (ولايجوز على قياس قول محمد) بناء على ان التسليم الى المتولى شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبى يوسف ترغيبا الناس فى الوقف وقوله (فقد قيل يجوز بالاتفاق) وهو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان وهذا ظاهر على أصل أبى يوسف فانه لو شرط بعض الغلة أو كلها لنفسه فى حال حياته جاز فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد فانه لايجوز أن نشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات أولاده فى حياته بمنزلة اشتراطه لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف

(ولايجوز أن يقسمه) يعنى النقض (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم فى المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال (واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبى يوسف) قال رضى الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبى يوسف ولايجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازى وبه قال الشافعى وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض والافراز وقيل هى مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لامهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حياته كاشتراطه لنفسه

بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعارته بأن خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه فى ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحق الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم فى العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم فى الغلة فقط واعلم أن عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف أما فيما اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان فى صيرورته وقفا خلافا والمختار أنه لايكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت (قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه جاز عند أبى يوسف) فهذان فصلان ذكرهما القدورى (شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه أما الاول فهو جائز عند أبى يوسف) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وابن شبرمة والزهرى ومن أصحاب الشافعى ابن سريج (ولايجوز على قياس قول محمد وهلال) الرأى وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى وانما نسب الى الرأى أى لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد السمتى البصرى ويوسف هذا من أصحاب أبى حنيفة وقيل ان هلالا أخذ العلم عن أبى يوسف وزفر ووقع فى المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى وفى المغرب هو تحريف بل هو الرأى بتشديد الراء المهملة لانه من البصرة لا من الرى والرازى نسبة الى الرى وهكذا صحح فى مسند أبى حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعى ومالك والخلاف فى شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء أو بعضها وبعده للفقراء ثم (قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف فى اشتراط القبض) أى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشرطه أبو يوسف لم يمنعه (وقيل مسئلة مبتدأة) غير مبنية وهو أوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات أولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما فى المبسوط والمحيط

ولانه لابد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الاجانب فيجوز ذلك فى حياته أيضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم فى حياته أى اشتراط صرف الغلة فى ابتداء الوقف لامهات أولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا للمدبرين على أمهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه فى ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند أبى يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى أمهات أولاده ومدبريه وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه أى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراطه الكل أو البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لايتحقق فصار كالصدقة المنفذة فانه لايجوز أن يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز فى الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه

قال المصنف (وقيل ان الاختلاف بينهما بناء الخ) أقول فى هذا البناء نوع تأمل ظاهرا لكن يظهر وجه البناء بما ذكره الخبازى قال المصنف وقد قيل هو على الاختلاف أيضا وهو الصحيح) أقول مخالف لرواية الكتب المذكورة (قوله لان اشتراطه لهم فى حياته) أقول ذكر الضمير فى قوله لهم تغليبا للذكور على الاناث

وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه فاشتراطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف ماروى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق فى المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات أولاده حيث يجوز زعم أن شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بأن حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعا لما بعد موته كما قال أبو حنيفة فى أصل الوقف اذا قال فى حياتى وبعد وفاتى يلزم أما لو وقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند أبى يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد رحمه الله أن الوقف تبرع على وجه التمليك) للغلة أو للسكنى (فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة) بأن تصدق على فقير بمال وسلمه اليه على أن يكون بعضه لى لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا فى الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بيتا (ولابى يوسف ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الواقف اذا لم يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا أن فى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال ألم تر أن حجرا المدرى أخبرنى قال ان فى صدقة النبى صلى الله عليه وسلم يأكل منها أهلها بالمعروف غير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه) كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا فى اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد ينبغى أن يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافى للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافى ذلك (كما اذا بنى خانا وشرط أن ينزل فيه أو سقاية وشرط أن يشرب منها أو مقبرة وشرط أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة) روى معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدام بن معديكرب عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسب أطيب من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وأخرجه النسائى عن بقية عن بحير بلفظ ما أطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان فى صحيحه عن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه أو كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فان له زكاة ورواه الحاكم الا أنه قال فانه له زكاة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وأخرج الحاكم أيضا والدارقطنى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال أن يعطى الشاعر وذا اللسان المتقى وقال صحيح الاسناد وأخرج الطبرانى عن أبى امامة عنه عليه الصلاة

وقوله (ولابى يوسف ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام فى مبسوطه والمراد به الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبدا بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابى يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة

قال المصنف (وجه قول محمد رحمة الله تعالى عليه ان الوقف تبرع على وجه التمليك) أقول فيه نوع مخالفة لما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ولما قاله الشارحون من أن فى الوقف اباحة المنفعة لا تمليكه كما سبق فى الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير الغلة

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل

والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عليه الصلاة والسلام قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شئ فلاهلك الحديث فقد ترجح قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضي دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث على الموت وعلى دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم مات قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه أخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة أسهم مثلا سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات أيمانه وفي كذا وكذا وسمى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما التصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضا أخرى) تكون وقفا مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان أبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكانا وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا أن ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا أن يجعله له واذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرطه ولو شرطه القيم ولم يشرطه لنفسه كان له أن يستبدل لنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيخان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من أرض الى أرض فان أرض الوقف اذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها وكذا أرض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان يأذن في بيعها اذا رآه أنظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد بل هو تأبيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرط في أصل الوقف اذا لم يخالف أمرا شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال ولهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو أريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان أحسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب أولا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضيخان وان كان لا لذلك بل اتفق انه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولانه

ولو شرط الواقف ان يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء ذلك جاز عند أبي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله

لا موجب

(ولو شرط الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبى يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ماذكرنا)

لاموجب لتجويزه لان الموجب فى الاول الشرط وفى الثانى الضرورة ولاضرورة فى هذا اذلاتجب الزيادة فيه بل تبقيته كما كان ولعل محمل مانقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الافى رواية عن أبى يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبى يوسف المشهور عنه المعروف لابمجرد رواية والاستبدال الثانى ينبغى ان لايختلف فيه كاقلنا وفى فتاوى قاضيخان أجمعوا أن الواقف اذاشرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال إمابلاشرط أشار فى السيرالى أنه لايملكه الا باذن القاضى ولايخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذاشرطه له وفى القاضى فيما لاشرط فيه لافى أصل الاستبدال والافهو قدنقل الخلاف وعرف من هذا أن محمل ماذكرناه عن الانصارى ماذالم يشرطه لنفسه ثم اذااشترى البدل للوقف صار وقفا ولايتوقف وقفيته على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى بالاستبدال لمن يوصى اليه عندموته بالوقف ومن فروع الاستبدال لوقال على أن أبيعها بقليل أو كثير أو على أن أبيعها وأشترى بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على ان أبطلها ولواقتصر على قوله على أن أبيعها وأشترى بثمنها أرضا جاز استحسانا واذاقال على أن استبدل أرضا أخرى ليس له ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولوقال بأرض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها الان الاماكن قدتختلف فى جودة الارض و ينبغى ان كانت أحسن ان لايجوز لانه خلاف الى خير ولوشرط الاستبدال ولم يذكر شيأ استبدل ماشاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغبن فاحش لايجوز البيع ولوقبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين فى تركته وكذا الواستهلكه أما لوضاع الثمن فى يده فلاضمان عليه ولواشترى بالثمن عرضا ممالايكون وقفا فهوله والدين عليه ولووهبه من المشترى صحت الهبة و يضمنه فى قول أبى حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لوقبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولوباعه بعرض ففى قياس قول أبى حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لايملك البيع الابالنص أو بأرض تكون وقفامكانها واذاباع الوقف ثم عاد اليه بماهو فسخ من كل وجه كان له أن يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لايملك بيعها الانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الاأن يكون عمم لنفسه الاستبدال ولوردت بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذاقال المشترى قبل القبض أو بعده فله ان يصنع بالاخرى ماشاء ولواستحقت الاولى فى القياس تبقى الثانية وقفا وفى الاستحسان لالان الثانية كانت وقفابدلا عن الاولى و بالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلاتبقى الثانية وقفا ولوشرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولوأوصى به عندموته لم يكن للوصى ذلك لان فى الوكالة وهو حى لوتمكن خلله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصى ولوشرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدلا معا فتفرد بذلك الرجل لايجوز ولوتفرد به الواقف جاز لانه هو الذى شرطه لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كمالو نصب قاضيا بلدين كل قيما كان لكل أن يتصرف وحده ولوان أحد هذين القاضيين أراد أن يعزل الذى أقامه القاضى الاخر قال اذارأى المصلحة فى ذلك كان له عزله والافلا (قوله ولوشرط) أى الواقف (الخيار لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال وقفت دارى هذه على كذا على انى بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعى وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على ماذكرنا) يريد الاصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فان محمدا لماشرط تمام القبض لينقطع حق الواقف فلاشك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لايتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلمالم يشرط تمام قبض متولى انبنى عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبى يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد

ولوشرط الواقف الخيار لنفسه فى الوقف ثلاثة أيا جاز الوقف والخيار عند أبى يوسف بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لوكانت مجهولة لايجوز الوقف على قول أبى يوسف أيضا (قوله وهذا) أى الخلاف (بناء على ماذكرناه) اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند أبى يوسف فانه لماجاز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروى النظر فيه وعند محمد لمالم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه أيضا وبهذا البناء صرح فى المبسوط ثم لمالم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لايجوز الامؤبدا وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا فى نفس العقد فكان المفسد قويا

(قوله فانه لماجاز أن يستثنى الى قوله أيضا) أقول وفى الملازمة الاولى نوع تأمل

(وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكره هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه)

السعي لان الوقف كالاعتاق في أنه ازالة الملك لا الى مالك ولو أعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل و يتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف و يبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في أصل الوقف تم له هنا وقد منا ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة أيام ليس قيدا بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روى عن أبي يوسف أنه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو أبطل الخيار قبل الثلاث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التأبيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فاذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره في فتاوى قاضيخان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف و بطل الشرط وفي فتاوى قاضيخان أيضا قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى أرضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له ان يصنع به ما شاء ﴿فروع﴾ اشترى أرضا على انه بالخيار فوقفها ثم أسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم أسقط البائع الخيار لا تكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القدوري (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية اليه جاز على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكره هلال في وقفه) فقال (وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون قول محمد لان من أصله) أن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافي هذا الشرط أجيب بوجهين أحدهما أن تأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولي فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيخان ذكر محمد في السير أنه اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشرط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشرطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التتمة والذخيرة والآخر أن معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له أنه اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا لان شروط الواقف تراعى ومن

(قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الى قوله جاز عند أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكره هلال في وقفه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشرط لم تكن له ولاية وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف لان له الولاية شرط أو سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي فلهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم الخ ومعناه اذا سلمه الى المتولي وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعة وأخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيخان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه

ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس اليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

(فصل)

ضرورته بسقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقدمنا تفريعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه) ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولي فيه من شاء ممن يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولأنه أقرب الناس الى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فان القاضي ليس أقرب منه اليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لأنه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله (كمن اتخذ مسجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس اليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلأهل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه نأخذ الا أن يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل (ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجه عنه ويوليها غيره) لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضيخان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لأنه انما رضي برأيهما وفيها لو جعل أرضه وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصي نفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصي ولو قال أنت وصيي في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصي في الأشياء كلها

(فصل) لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز رجوعه عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولي عند محمد أفرده بفصل على حدته وأخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا شراء فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض الى البائع بفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول

وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته) استدلال لأبي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

(فصل) فصل أحكام المسجد عما قبله في فصل على حدة لمخالفة أحكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند أبي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند أبي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق أبو حنيفة بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له أن يرجع فيه وأما المسجد فليس له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكأنه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا أوصى به أو أضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته

(فصل)

(واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه و يأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند أبى حنيفة عن ملكه) أما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به وأما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند أبى حنيفة ومحمد و يشترط تسليم نوعه وذلك فى المسجد بالصلاة فيه أو لانه لما تعذر القبض فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه فى رواية عن أبى حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك فى الغالب (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق

وأما اذا قال جعلت أرضى مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فلما أزاله لله تعالى لم يكن له أن يرجع كما لو أزاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله (وعن محمد انه يشترط الصلاة فيه بالجماعة) وهو رواية عن أبى حنيفة أيضا و يشترط مع ذلك ان تكون الصلاة جهرية بأذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير أذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند أبى حنيفة ومحمد فان أذن رجل واحد وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلاته على هذا الوصف كالجماعة

واذا بنى مسجدا

أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر فى الوقف أيضا روايتان والفرق على احداهما عند هذا القائل أن فى الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد (قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه عن ملكه و يأذن للناس فى الصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبى حنيفة) ومحمد فى رواية عنهما وفى رواية أخرى عنهما لا يزول الا بصلاة جماعة وعند أبى يوسف يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قولهما فلان الملك لم يزل بمجرد القول فمشى محمد على أصله فى اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لان تعينه لتحقق التسليم الى من اخرج اليه وهو الله سبحانه وتعالى ولا يتحقق الا فى ضمن التسليم الى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذى تعود منفعته اليه غير ان المتولى يقام مقامهم فى القبض ومقام الواقف فى اقبال الغلة لهم لكل وقف فى العادة فتعين ولم تجر العادة فى المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكفى لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفى فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانها تتحقق فى غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا واماما فأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة لمن يأتى بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى يفيد انه لو سلمه الى متول جعل له صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولى أيضا يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه ووجه قول أبى حنيفة فى الفرق بين المسجد وغيره فى الخروج عن الملك بلا حكم مما سيأتى بأن لفظ الوقف والصدقة فى قول الواقف جعلت أرضى صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها الا التصدق بالغلة وهى معدومة فلا يصح بل الوقف ينبئ عن الابقاء فى الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لاخراجه عن ملكه الى غير مالك فى محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه ليس منبئا عن ابقاء الملك ليحتاج الى القضاء بزواله فاذا أذن فى الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف فى ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أمران أحدهما انه لا يحتاج فى جعله مسجدا الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعى لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء ونحن نقول ان العرف جار بأن الاذن فى الصلاة على وجه العموم والتخلية يفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه أو نثر نثارا كان اذنا فى أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والاذن بالاستغلال ولو جرت به عادة فى العرف

وقـد بيناه من قبـل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعـل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجـد جاز كما فى مسجد بيت المقـدس وروى الحسن عنـه انه قال اذا جعل السفل مسجـدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق فى السفل دون العـلو وعن محمد على عكس هـذا لان المسجـد معظم واذا كان فوقـه مسكن أو مستغل يتعـذر تعظيمه وعن أبى يوسف انه جوز فى الوجهـين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الرى أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) يعـنى له أن يبيعه ويورث عنـه لان المسجـد ما لا يكون لاحـد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبـه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجدا وهكذا عن أبى يوسف انه يصـير مسجدا لانه لما رضى بكونه مسجـدا ولا يصير مسجـدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل فى الاجارة من غير ذكر

اكتفينا بذلك كمسئلتنا والثانى انه لو قال وقفتـه مسجدا ولم يأذن فى الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول اذن فى الصـلاة أو لم يأذن ويصـير مسجدا بلا حكم لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغى أن يكون قول أبى يوسف ان كلا من مجرد القول والاذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف (قوله ومن جعـل مسجـدا تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الارض لتبريد الماء وغـيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد واحد منهما فليس بمسجد (وله بيعه ويورث عنه اذا مات) ولو عزل بابه الى الطريق (لبقاء حق العبـد متعلقا به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شئ له فكان فائدة هـذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنـه وهو منتف فيما ذكر أما اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا فى السفل حتى يمنع صاحبـه أن ينقب فيه كوة أو يتـد فيه وتدا على قول أبى حنيفـة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذن صاحب العلو وأما اذا كان العلو مسجدا فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقوفا لصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبى حنيفة انه اذا جعـل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التأبيد شرط وهو مع المقتضى وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشئ وهو متوقف على وجوده (وعن أبى يوسف انه جوز ذلك فى الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن محمد لما دخل الرى) وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة (وكـذلك ان اتخـذ وسـط داره مسجـدا وأذن للناس فيـه) اذنا عاما (له أن يبيعه ويورث عنـه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه) الاربع (كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى) وعن كل من أبى حنيفة ومحمد أنه يصـير مسجدا لانه لما رضى أن يكون مسجدا ولم يصر مسجـدا الا بالطريق دخل فيه الطريق حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا

وقوله (وقد بيناه من قبـل) اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عنـد أبى حنيفة ومحمد بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك دون التمليك وأنه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابة وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله (فله أن يبيعه) أى لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال تعالى وان المساجد لله أضاف المساجـد الى ذاته مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله تعالى ومع بقاء حق العباد فى أسفله أو فى أعـلاه لا يتحقق الخلوص (قوله وعن أبى يوسف انه جوز فى الوجهين) يعـنى فيما اذا كان تحته سرداب أو فوقـه بيت وعن محمد انه أجاز ذلك كله أى ما تحته سرداب وفوقه بيت مستغل أو دكاكين وانما ذكر قول محمد بهذا الطريق ولم يقل وعن أبى يوسف ومحمـد مع ان هذين القولين منهما فى الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص فى مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعمـيم بلفظ الكل فى قول محمـد وقوله لما قلنا يعـنى من الضرورة قال (وكـذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا) وسـط بالسكون لانه اسم مبهم لداخـل صحن الدار لا لشئ معـين بين طرفى الصحـن وكلامـه واضح وقوله (ولانه أبقى الطريق لنفسـه) فلم يخلص لله تعالى

(قوله وقوله وقـد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عنـد قوله و يتم الوقف الخ) أقول وفيـه بحث بل هو اشارة الى قوله واذا كان الملك يزول بالقول عند أبى يوسف الخ

(قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) على بناء المفعول (يبقى مسجدا عند أبي يوسف) الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما سبق فان أبا يوسف لا يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء واذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجدا وحكى ان محمدا مر بمزبلة فقال

قال (ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني أو الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر (قوله ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضيخان رجل له ساحة لا بناء فيها أمر قوما أن يصلوا فيها بجماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبدا أو أمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه أراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان أمرهم بالصلاة شهرا أو سنة ثم مات يورث لانه لابد من التأبيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا أن لا يصير مسجدا فيما اذا أطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه أراد الابد فان نيته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شئ من الطريق مسجدا أو يجعل شئ من المسجد طريقا للعامة اهـ يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدثوا له بابا آخر ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبني حوانيت في المسجد أو في فنائه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكنا تسقط حرمة المسجد وأما الفناء فلانه تبع للمسجد (قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روى أن عمر كتب الى أبي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعود الى ملك الواقف) ان كان حيا (والى ورثته) ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه (عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه) وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك مالكه

هذا مسجد أبي يوسف يريد بانه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه لما أشار اليه استدل أبو يوسف بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به عن ان يكون موضعا للطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه أو ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد آخر

قال المصنف (ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف الى قوله وعند محمد يعود الى ملك الباني) أقول قال الكاكي حكى أن محمدا مر وكهدى بمزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف وأبو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد لانه لما عاد الى ملك الواقف ربما يجعله اصطبلا بمرور الزمان انتهى في توجه طعن أبي يوسف تأمل فان الاستبعاد في بقائه مسجدا على تلك الحال كما في المزبلة على قول أبي يوسف وليس الاصطبل كذلك عند محمد فانه خرج عن أن يكون مسجدا فسقط ملكه في ذلك المقدار من الزمان

وكهدي الاحصار اذا زال الاحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الا أن لقائل أن يقول القربة التي عينت له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الايمان لم ينقطع من الدنيا رأسا فقد كان أمثل قس بن ساعدة أمثال فالاوجه أنه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من أهل الدنيا الا بسبب يوجب تجدد الملك فالم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدى الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير وأما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه ما جعله مسجدا ليصلي فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيده لانه يمكن أنه أمره بتحاذيث المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات أهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى أنها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف أوقافه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء البتة يخرج عن الوقفية وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخرابه بل اذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسبلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضيخان وقف على مسجد خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت على هذا تكون مسألة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف يكون للاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بأمر الواقف الى أن يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض أشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك ولا يعطى المستحقون شيأ من ثمن النقض ولا من

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول) كما هو أصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل داراله

عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال أنه ان أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلا أو اجارة الارض بشيء ولو قليلا فعل وحفظه لعمارة ما بقي ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى بثمنه مستغل ولو قليلا حينئذ يرجع الى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه الى متول (لانه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى انه ينتفع به) في الحال (فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الاضافة الى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف على الفقراء) بل أولى لان الثابت في كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه (بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله عز وجل بلا حكم (وعند أبي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو أصله) وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول (حتى يستقي الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط) وتسليم هذه (بما ذكرنا) من سكناهم الخان والرباط الى آخره (ويكتفى بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك (لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تقدير تسليمهم (وعلى هذا البئر) اذا احتفره (والحوض) يزول الملك اذا استقى منهما واحد أو شربت دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها المسلمون تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا (ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبئر والحوض (لانه) أعني المتولي (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه (كفعلهم) أي تسلمهم (وأما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم) لانه متول له عرفا واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكفي في ازالة الملك عنه التسليم الى متول (لانه لا متولي له) فلا يزول الملك الا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولي) (قوله ولو جعل داراله

وقوله (ومن بنى سقاية أو خانا) ظاهر وقوله (بخلاف المسجد) يعني أن حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد وقوله (وذلك بما ذكرناه) يعني أن التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (في هذه الوجوه) أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله (ويكتفى بالواحد) ظاهر

بمكة سكنى للحاج بيت الله والمعتمرين أوجعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أوجعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أوجعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا أن في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذا الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

بمكة سكنى للحاج والمعتمرين أوجعل داره في غير مكة سكنى للمساكين أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهم للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولي كقول أبي يوسف وعند أبي حنيفة له أن يرجع مالم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع الى المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوي الارض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضي الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بأنه لو كان في المقبرة أشجار وقت الوقف كان للورثة أن يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأي فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك وتكون في الحكم كأنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها أهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد أو في أرض موقوفة على رباط مثلا فهي للوقف ان قال القيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة أو على شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبت من عروقها أشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك أهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره أن يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد أو نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي أن يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الناطفي أنه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الداثرة فان كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ماذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوي الغني والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والفارق) فيه (العرف فان الواقفين من (أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول) لان الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لان العرف على أن بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان في المتولي والموقوف عليه

﴿الفصل الاول في المتولي﴾ قالوا الا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولي أن يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا في الصحيح حتى

وقوله (سكنى لحاج بيت الله تعالى) الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش أقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله سبحانه وتعالى أعلم

جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا أو باذن المتولى بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال أو غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض هذا الامر فأبطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشترى أجرة مثله وللمتولى أن يستأجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك بأجرة مثله أو زيادة يتغابن فيها فان كان أكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير أن ما أخذه من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذعا من ماله فى المسجد كان له الرجوع كالوصى اذا أنفق على الصغير وله أن يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا وآجرا وحصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشترى ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بأمر القاضى ويرجع فى غلة الوقف وذكر الناطفى وكذا له أن يستدين لزراعة الوقف وبزره بأمر القاضى لان القاضى يملك الاستدانة على الوقف فصح بأمره بخلاف المتولى لا يملكه والاستدانة أن لا يكون فى يده شئ فيستدين ويرجع أما اذا كان فى يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة المثل ولو أنفق دراهم الوقف فى حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها فى الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبنى على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما قاله ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشترى منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فأوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وقيما هذا فى قول أبى يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف فى حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصى قيما فى الوقف قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيما بغير أمر القاضى فقام وأنفق من غلات وقف المسجد فى عمارته اختلف المشايخ فى هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضى لكن لا يضمن ما أنفق فى العمارة من غلاته اذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق لانه اذا لم تصح ولايته فانه غاصب والغاصب اذا أجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا فى فتاوى قاضيخان وأنت تعلم أن المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى القاضى لينصب لهم وقيل بل الاولى فى هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم وليس للمشرف أن يتصرف فى مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف فى معنى المشرف وللمتولى أن يفوض الى غيره عند موته كالوصى له أن يوصى الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضى اذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله الا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضى أن يجعل للذى أدخله ما كان الواقف جعله للذى كان أدخله لان للواقف فى هذا ما ليس للحاكم وكذا اذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا فى ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع والثالثة

الثانى اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه أما لو كان القاضى
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع
مال اليتيم عندى أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أما لو مات قبل أن يقول ضمن وكذا لو باع
المتولى دار الوقف ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون دينا فى تركته وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية
حائط الوقف اذا مال الى أملاكهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضى ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن
يبنى قرية فى أرض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وأن يبنى بيوتا يستغلها اذا كانت الارض
متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبنى وفى النوازل فى اقراض
ما فضل من مال الوقف قال ان كان أحرز للغلة أرجو أن يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة وأكثر
ما يجوز ثلاث سنين وليس له الاقالة الا ان كانت أصلح للوقف ولو زرع الواقف أو المتولى أرض الوقف
وقال زرعتها لنفسى وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى فى هذا نقصان الارض
وليس عليهما أجر مثل الارض ويقول القاضى له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال أزرعها به يأمره
بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكننى يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا
لا يمكنهم لان الوقف فى يد الواقف فهو أحق به ولا يخرجه عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة
بفروعها فى فتاوى قاضيخان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان
دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علته عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه
من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيأ وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع
الى القاضى فى النصب ولو أخرج حاكم قيما فمات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضى الثانى بأن ذلك
القاضى أخرجه بلا جنحة لا يدخله لان أمر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه أن يقيم عنده بينة انه
أهل وموضع للنظر فى هذا الوقف فان فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة أناب الى الله
وأقام بينة انه صار أهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الامر والنهى
بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعملة بأيديهم ولذا قلنا لو عمى أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث
يمكنه الكلام من الامر والنهى والاخذ والاعطاء فله الاجر الذى عينه له الواقف وللناظر فى الوقف على
الفقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يخاصمونه
وفى وقف الخصاف ان حكم القاضى أن لا يعطى غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره
ويحرمه لان فى كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شروط
حتى ظفرت فى المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

۞ الفصل الثانى فى الموقوف عليه ۞ وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد
وعمرو فرد أحدهما أو ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين وكذا اذا ردا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود
ومن أخذ سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أما لو قال لا أقبلها سنة وأقبل ما سوى ذلك فانه يجوز وحصته من
هذه السنة للباقى من أهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يردها بل بعدها
على ولده وقوله على ولد فلان أبدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من
الفقراء اليهم الا أن يردوه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف
ما لو أوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات أربعة فرد واحد فحصته لورثة الموصى وهذه مما افترق فيه
الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده فى رد ما لولده صغارا
كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم للمساكين فلولده صلبه يستوى فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفا ما دام
واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان

كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه أخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولوضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم للمساكين اشترك فيه الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى قاضيخان وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد من يقوم برواية ذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم يموت الموصى كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا وكذا أولاد ابنه وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يضف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال أولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه واذا عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادي فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادي وأولاد أولادي ادخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي صرفت الى أولاده أبدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد ويستوى الاقرب والابعد الا أن يرتب الواقف ولو قال أولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي وأولادهم وله أولاد وأولاد مات آباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع أولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد موت أولئك على أولادي فانما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادي وأولاد أولادي لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادي وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فمات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء لا للباقين من اخوته بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من سواه ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشكل بأولادي فانه يصرف للواحد الكل الا أن يكون عرف في أولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادي ونقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لواحد أجازه أبو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنعه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بني واختاره هلال وعن أبي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بني تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بني أب يحصون أما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بني فلان انتهى يعني فتدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له الا بنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتي لا تدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا في بطن أمه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا نتيقن بوجود

الاول فى البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا فى ولد الزوجة أما لو جاءت أمته بولد لاقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه متهم فى الاقرار على الغير أعنى باقى المستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولو مات الواقف من غير تخلل وقت يمكن فيه الرجوع الى أهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تخلل مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من حمل حدث وخروج الغلة التى هى المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره فى فتاوى قاضيخان وهذا فى الحب خاصة وفى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة و ينبغى أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما فى الحب لانه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على أصاغر ولدى أو العميان منهم أو العور فان الوقف يختص بهم و يعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على ساكنى البصرة مثلا و بغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على أن من تزوجت سقط سهمها فتزوجت واحدة ثم طلقت لا يعود الا ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة فى كل سنة و يعطى الغنى والفقير من الاولاد الا أن يعين المحتاجين من ولده فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبتها عند القاضى ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقدم بينة غناه لانها أكثر اثباتا ومن ولد لاقل من ستة أشهر من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة فى بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل فى مال من فى بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفى وقف الخصاف رحمه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم استغنى فأعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيأ بل مما بعدها وكذا لو خص عميان أولاده ونحوه تعينوا والمحتاج الذى يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار يستغلها وان لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها او ينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار التى يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر أولاده وأقاربه صح للغنى والفقير منهم الا أن يختص الفقراء كما ذكرنا وأما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أولا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان فى لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح و يصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم فانبنى على هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو ربيعة أو على تميم أو بنى هاشم لا يجوز شئ من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا تمييز فى الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أنه ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك

باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الأئمة أنه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن
والفقهاء وأهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى
والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق
الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما اذا جعل
غلة أرضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير وهم
لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع لفقرائهم وصرح في
وقف الخصاف بصحة الوقف على أرامل بني فلان وانه لكل أرملة كانت يوم الوقف أو حدثت سواء كن
يحصين أولا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن أعطى منهن أجزأ والارملة المستحقة كل بالغة كان لها
زوج وطلقها أو مات وخالفوا في الايامى فاذا وقف على أيامى بني فلان وبعدهن للمساكين أو أيامى قرابتي
ان كن يحصين فالوقف جائز وغلته للغنية والفقيرة وان كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم
المستحقة كل أنثى جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة أولا ولو قال على كل ثيب من بني فلان أو من
قرابتي فان كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمة من القسم فهو
باطل والغلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج أولا وان لم تبلغ ولابكار قرابتي
أو بني فلان فان كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث أبدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو
للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى ممن ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف
لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزأ كالوقف على الاقارب ووقف على أهل بيته ثم المساكين
دخل الغني والفقير ممن يناسبه الى الاب الذي أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب أولا ممن كان موجودا حال
الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة أشهر من مجيء الغلة ولو كانوا
مرقوقين لقوم أو كفارا أو ذميين ولا يدخل في ذلك الاب ويدخل أبو الواقف وأجداده وولده لصلبه وأولاد
الذكور منهم وان سفلوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان آباؤهم ممن يناسبه الى ذلك الجد الذي
أدرك الاسلام ولا يدخل الواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد اخواته اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله
على آلي وجنسي كأهل بيتي ولا يخص الفقراء منهم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر
منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا يتقيد عن كان غنيا فافتقر
على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى أقصى أب في الاسلام من قبل أبيه أو الى أقصى أب له
في الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبو الواقف ولا أولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر
الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات ورحمي
وأرحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد والجدات
ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغير ذوي الرحم واذا عرف هذا فلو قال على أهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى
قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أمه ولو عكس فقال على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى
أهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لابي وله اخوة متفرقون اذ بعد انقراض
الكل لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند أبي حنيفة رضي الله عنه
الملاصقون فهو لجميع من في كل دار لاصقته من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت
الابواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة
وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا أو كان مسجد
عظيم جامع فلكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد هم الملازقون السكان سواء كانوا مالكين
للدار أولا وسيأتي بقية هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في
الجار بطل حقه من الوقف

لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع فى بيان مابقى منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع فى اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه فى الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضى بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشئ اذا شراه ويقال باعه الشئ وباع منه ولاشتماله على الانواع الآتى ذكرها جمعوه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره أحد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك فى التقرير وركنه الايجاب والقبول أو مادل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقد والتميز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف فى المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشترى فى المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرعى مطلقا انهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة فى الجارية والخسارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعنى الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهى التى لا تلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتى تفسيرها

﴿ كتاب البيوع ﴾

عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع فى حقوق العباد وهى المعاملات ثم فى ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت فى مواضعها ووقع فى آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعنى البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفى البيع الى مالك فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم هكذا ذكر ولا يخفى شروعه فى المعاملات من زمان فان ماتقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا أخرج العين عن ملكه اليه وباعه أى اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا فى الشرع لكن زيد فيه قيد التراضى اه والذى يظهر أن التراضى لابد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضى وان الاخذ غصبا واعطاء شئ آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهى قوله عليه الصلاة والسلام يامعشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه وخبزه لم يقدر على مثل ذلك وفى الكتان والصوف للبسه وبناء مايظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلابد من ان تدفعه الحاجة الى أن يشترى شيأ

(قوله فقيل هو مبادلة الخ) أقول سيصرح الشارح فى فصل فى البيع من كتاب الوكالة بأن هذا الحد حد كل واحد من البيع والشراء فكل ماصدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فراجعه (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوما) أقول التقوم شرط البيع الصحيح والكلام فيما يعم الفاسد أيضا (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالسلعة مايتجر به مطلقا عروضا أو عقارا الا ما يقابل العقار فلا يختل الحصر وسيجئ فى هذا الكتاب بعد ورقتين تعميم السلع للدور والعبيد والثياب

قال (البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظى الماضى) مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف

ويتعدى مزاولة شئ فلو لم يشرع البيع سببا للتملك فى البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة أو السؤال والشحاذة أو يصبر حتى يموت وفى كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفى الثانى من الذل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويزرى بصاحبه فكان فى شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه فى المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبى والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره وفى المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم فى الحال أو فى ثانى الحال فيدخل السلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما فى التعاطى كما سيأتى وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالخيم الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما فى بيع المكره وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول) يعنى اذا سمع كل كلام الآخر ولو قال البائع لم أسمعه وليس به صمم وقد سمعه من فى المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعى الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر أن المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعى يظهر فى المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذى هو الملك لانه هو الذى يثبت به قدرة التصرف فالمحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين أعنى الشطرين بوضعه ما سببا له شرعا وليس هنا شئ ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاى شئ كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشترى كأن يبتدئ المشترى فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثانى والا فكل منهما ايجاب أى اثبات فسمى الاثبات الثانى بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم تصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك فى البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أى الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أى انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعى وقولنا فى القبول انه الفعل الثانى يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتى ففى جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتك بألف من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظر وفى فتاوى قاضيخان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لى قميصا فقطعه قبل التفرق وقوله (اذا كانا بلفظ الماضى مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر اشتريت) قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أى اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا

قال رحمه الله (البيع ينعقد بالايجاب والقبول) الانعقاد ههنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لاخفاء فى وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرطه أن يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل أن يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعى

قال المصنف (البيع ينعقد بالايجاب والقبول الخ) أقول يجىء من المصنف فى آخر باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ان حد البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى

(والانشاء

وكل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات مالم يكن وهو صادق على البيع لاعالة
وأما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا وأما ان كل ماهو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لايكون الامنه
والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلابد من ضم شئ الى ذلك وهو أن يقال
وكان استعماله بلفظ الماضي والالايتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والآخر بلفظ المستقبل)
وانما لاينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان
لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لابيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان أو
أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي
ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا (٧٥) اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر لفظ الماضي بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك

(والانشاء) على هذا الوجه لا (يعرف) الا (بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لايقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ماسيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية مالاخارج لمعناه يطابقه أولا يطابقه انشاء وهو يعم ماذكر وغيره مما يباينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي مالا ليس علة للترجي ذلك وتمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كأنه أخبر عن قيامهما به غير أن أهل الاصطلاح لايسمونه إخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة تثبت به شرعا معان لاقدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لايمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا أولا واذا كان الانشاء لايعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر أي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد أي يثبت به وأما تعليله بان لفظ الماضي أدل على الوجود فانه لايصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطي قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضي بأن يستعمل فيه من غيره فانه لايقتصر عليه كما ستسمع (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعنيه بألف فقال بعتك لاينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوي انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقد مر الفرق هنالك) يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا أمر الموكل من وجه وليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لايصرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتأمل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه أعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لايكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لايتم فرق المصنف لانه مبني على كونه توكيلا وأما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر

ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين أو سوف وهو لايحتمل الحال ولا وضع له فان أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان أراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ماعرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لايقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان
المعهود ان المجاز يحتاج الى ماينفي ارادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج الى ماينفي ارادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ماذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية فقوله بخلاف النكاح) يعني انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقدمر الفرق هنالك وهو ماقال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود أو في غير البيوع والأول مخالف لما ذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لايتم به التقريب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز) أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيهما من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا

(وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار بالحقيهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بألف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أبرئني عمالك على من الدين فقال أبرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته جاز واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال أما اذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صفة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله بعني أنه أراد معنى اشتريته بكذا ينبغي أن لا يصدقه القاضي مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشتريته أو آخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على أحد القولين والا فالمختار أنه موضوع للحال وأما الامر فلا يوجد في شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعنيه والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه والوصي عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويستي بما اذا لم يكن نصبه القاضي (قوله وقوله رضيت) هذا بدرهم فقال بعتكه وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت أو قال بعتكه بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود) ألا ترى الى ما قالوا لو قال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وأنت تعلم أن اقامة اللفظ مقام المعنى أثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا أراده به وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع في توقف الانعقاد به على النية واذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينو به ذاته ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور لفظة نعم تقع ايجابا في قول المستفهم اتبيعني عبدك بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم وكذا أبيعك ومنها اشتريته منك بألف فقال نعم أو هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بألف فقال فعلت

قال رحمه الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا لبيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيتك الثمن أو قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت أو أعطيت أى المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما تقتضيه ولهذا

(قوله لأن المعنى هو المعتبر الخ) أقول فيه أن الاعتبار في المعاوضة أيضا للمعنى كما صرح به المصنف هناك ومساس الحاجة الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

ولو

وبهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

ولو قال بعتك بألف ان وافقك أو ان أعجبك أو ان أردت فقال وافقنى أو أعجبنى أو أردت انعقد ولو قال بعتك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان أديت ثمنه فقد بعته منك فأدى فى المجلس جاز استحسانا ﴿ فروع ﴾ فى اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بألف فقال اشتريته بألفين جاز فان قبل البائع الزيادة تم بألفين والاصح بألف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة فى ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بألفين فقال البائع بعتكه بألف جاز كأنه قبل بألفين وحط عنه ألفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان فى يد المشترى من أول الامر فذهب به والباقى بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوى يلزم بآخرهم كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بألف بعتكه بألفين فقال قبلت الاول بألف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس هكذا فى الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة آلاف يعنى يكون البيع بألفين والالف زيادة ان شاء قبلها فى المجلس وان شاء ردها وكذا بألف بمائة دينار انما يلزمه الثانى وقيل يلزمه الثمنان والاول فى الزيادات وهو أوجه واذا قبل الزيادة فى المجلس لزم المشترى (قوله ولهذا ينعقد) أى ولان المعتبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطى فى النفيس والخسيس) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخى انه انما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط وأراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثورى جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى وهو دلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفى الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد فى الاصل فى مواضع اه وفى شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام فى رجل قال لرجل بعنى هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم أنكر أن يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا أمرته قال يأخذه فلان فان قال لم آمره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا أن يسلمه المشترى له فان سلمه وأخذه الذى اشتراه له كان بيعا للذى أخذه من المشترى وكأن العهدة عليه أى للآخذ على المشترى فدل على صحة التعاطى فى النفيس وفى المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذى عليه المال للذى له المال أعطيك بها الدنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذى كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشىء وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فأعطاه الثمن وكال له جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بأمة غير المودعة وقال هذه أمتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللامة وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى فحلف الخياط انها هى وسعه أخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال ضعه وفى أجناس الناطفى لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبرهما القاضى وكذا اذا قال زن لى ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة أرطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لى ثلاثة أرطال فوزن له الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن هذا الفخذ وكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة واختارها فذهب بها والبائع ينظر أو عزل البائع عشرة فقبلها المشترى تم البيع واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثانى ونص محمد رحمه الله على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه فى الجامع على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر ومنها الورد بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست له فأخذها

(ولهذا) أى ولكون المعنى هو المعتبر فى هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطى فى النفيس والخسيس لتحقق) المقصود وهو التراضى وقوله (هو الصحيح) احترازا عن قول الكرخى البيع ينعقد بالتعاطى فى الخسيس كالبقل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار فى الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفى فى تحققه

قال المصنف (لتحقق المراضاة) أقول سيصرح فى باب الوكالة بالشراء بكفاية التسليم على وجه البيع للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وفى النهاية فى فصل ما يحدثه الشاهد التعاطى بيع حكمى وليس ببيع حقيقى

قال رحمه الله (وإذا أوجب) إذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار إن شاء قال في المجلس قبلت وإن شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لأنه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على أحدهما وانتفى التراضي فانتفى رضاه ببيع ما لم يكن ببيعها هذا خلف وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير فإن قيل سلمناه أن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع متخاليا عن إبطال حق الغير (٧٨) فالجواب أن الإيجاب إذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها أقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما إذا دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول فإن المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لأن حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه (قوله وإنما يمتد إلى آخر المجلس) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول أو لم لا يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي إبقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في أول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فإن قيل فلم لا يكون الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب أنهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء المجلس

قال (وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر

ورضي فهو بيع بالتعاطي (قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول إن شاء قبل وإن شاء رده) وللموجب أيهما كان بائعا ومشتريا أن يرجع قبل قبول الآخر عن الإيجاب لأنه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض أقوى لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الإجماع تنفيه ألا ترى أن للأب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأورد في الكافي الزكاة المعجلة ليس له حق استردادها لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه أن الأصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وإنما الفائت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه تم الأمر وفيما نحن فيه لم يوجد الأصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله أن يقبل ما دام المجلس فأما فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك وإليه ذهب قاضيخان حيث قال فإن قام أحدهما بطل يعني الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض فإن قبل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي أن لا يثبت الإعراض قلنا الصريح إنما كان أقوى ويعمل إذا بقي الإيجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به إلا أن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه أشير في جمع التفاريق وهذا أشرح لقوله فيما يأتي وأيهما قام إلى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فأجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعدما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما إذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الإيجاب إلا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلاة فريضة ففرغ منها وأجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم إلى ركعة الإيجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو أكملها أربعا ولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس إلا إذا اشتغل بالأكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين أو أحدهما فهي فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهي تجري فأجاب الآخر

(قوله وهذا لأنه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول) أقول أنت خبير بأنا لم نفرض في صورة الرد بيعا حتى يلزم خلاف المفروض مع أن صورة الرد لم يتعرض لها المصنف ولا يتعلق بها الغرض فالأولى في التعليل طي ذكره من البين أو يقال في التعليل يلزم أن لا يوجد بيع أصلا فليتأمل (قوله فانتفى رضاه ببيع ما لم يكن ببيعها هذا خلف) أقول إنما يلزم ذلك إذا كان انتفاء التراضي مستلزما لانتفاء البيع وهو ممنوع ألا ترى أن بيع المكره منعقد (قوله فالجواب أن الإيجاب إلخ) أقول الظاهر أن هذا جواب بتغيير الدليل

قال رحمه الله (والكتاب كالخطاب) اذا كتب أما بعد فقد بعتك عبدى فلانا بألف درهم أو قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب فأخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه وأخبر الرسول المرسل اليه فقال فى مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت أو قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء فى كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه قال رحمه الله (وليس له ان يقبل فى بعض المبيع) يعنى اذا أوجب البائع البيع فى شيئين فصاعدا وأراد المشترى قبول العقد فى أحدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردىء فى البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردىء به فلو ثبت خيار قبول العقد فى أحدهما لقبل المشترى العقد فى الجيد وترك الردىء فزال الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع لا محالة وهذا التعليل فى الصورة الموضوعة صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشترى فى نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع فى المجلس هل يصح أو لا أجيب بأن القدورى قال انه يصح ويكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استئناف ايجاب لا قبولا ورضا البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفى القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة فاما إذا أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وإن رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتى وإن كانت الصفقة متفرقة كان له ذلك لانتفاء الضرر عن البائع

والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل فى بعض المبيع ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة

الآخر لا ينقطع المجلس بجريانهما الا اذا كان ايقافها وقيل يجوز فى الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما أما المسير بلا افتراق فلا وهكذا فى خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بألف ثم قال للآخر بعتك بألف فقبلا فهى للثانى لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع فى حاجة بطل (قوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصورة الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قبلت فى المجلس انعقد والرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقل له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فأخبره فأجاب فى مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدى فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فأخبره فذهب فأخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير أمره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعنيه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت وأما ما ذكر فى المبسوط لو كتب اليه بعنى بكذا فقال بعته يتم البيع فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود لا بيان اللفظ الذى ينعقد به البيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فيعنى من الحاضر يكون استياما عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب فى الاجارة والهبة والكتابة فأما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد فى حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول فى مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة خالعت زوجى وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سيدى الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفى النكاح من الخلاف فعند أبى يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل الى آخره) يعنى الا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره فى قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين فى قوله واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو للآخر وحينئذ يكون أعم من البائع والمشترى فمعناه فى البائع انه اذا أوجب المشترى البيع بأن قال اشتريت هذه الاثواب أو هذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع من أثواب أو الثوب لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقى الأثواب لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته فلو ألزمناه البيع فى البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما فى المشترى فمعناه اذا أوجب البائع البيع فليس للمشترى أن يقبل فى بعضه اذ

قوله لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز) أقول ويجوز بقاء ويجىء

واليه أشار بقوله (الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى) والصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفريقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر فى الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعناهذا منك بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشترى كان قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفريق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرار لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشترى مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول أبى حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه قال وأيهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل فى المجلس وإن شاء رد وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحا وأخرى دلالة فان القيام دليل للاعراض والرجوع وقد ذكرنا أن الموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يعارضها وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة أجيب بأن الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها كان

الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى قال (وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض) والرجوع وله ذلك على ماذكرناه

قد يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة أن يضم البائعون الجيد الى الردىء ليروجونه فلو ألزمناه البيع بقى الردىء وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ومعلوم أن القبول فى بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشترى بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه أى وليس للبائع أن يقبل فى بعض المبيع الذى أوجب فيه المشترى البيع ولا ان يقبل المشترى فى بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة القبول فى البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب أن يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفريقها فاعلم أنه يكون تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فأما من تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثاله أن يقول البائع لمشتريين بعتكما هذا بألف فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم تم فى النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فدخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكى عين اشتريت منكما هذه بألف فباعه أحدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم فى نصيبه فتعددت فلو تم تضرر المشترى الموجب بالشركة أيضا وأما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك أو اشترينا منك هذا بكذا فأجاب هو فى بعضه لا يلزم لكن لا لتعددها بتعدد العاقد بل لاجابته فى البعض ألا ترى أن الموجب فيها لو كان واحدا والباقى بحاله كان من تعدد الصفقة أيضا فعرف أن هذا من جهة أخرى لا من تعدد العاقد وأما من غيره فبصورتين احداهما أن يوجب البائع فى مثليين أو واحد قيمى أو مثلى فقبل فى البعض أو يوجب المشترى فيما ذكرناه بأن يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع فى البعض فان فى كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل فى بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما أن يكون بلا تكرار لفظ البيع أو بتكراره ففيما اذا كرره فالاتفاق على أنه صفقتان فاذا قبل فى أحدهما يصح مثل أن يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف أو اشتريت منك هذين العبدين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف كذا فى موضع وفى موضع أن يقول بعتك هذين بعتك هذا بألف وهذا بألفين وفيما اذا لم يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية أنه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فأما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له أن يقبل فى أحدهما وقيل الاول استحسان وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه والثانى قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر أن فائدته ليس الا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء والا فلو

قال المصنف (الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) اقول سيجىء فى آخر باب البيع الفاسد انه لا تتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن فالمراد ههنا تكرير لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تأمل فى هذا التعبير (قوله وأما تعدد البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول ويعلم من هذا حال تعدد الثمن والمبيع بدون تفرق البائع والمشترى بالطريق الاولى وفيه شىء يمكن دفعه ولعل الاولى أن لا يتعرض لتعدد البائع والمشترى

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم وأجيب بأن اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الآية وقال لانفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل إليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى أن يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة إذ ليس له وقت معلوم ولا غاية (٨٢) معروفة فيصير من أشباه بيع الملامسة والمنابذة وهو مقطوع بفساده عادة وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالابدان إلى الجهالة وهذا التأويل أعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والأعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها ثمنا كانت أو مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين أوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو أقوى منه في التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي وهذا انما يستقيم اذا لم تكن الاعواض ربوية أما إذا كانت ربوية فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربا وهذا الباب ليس لبيانه

والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة

الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الايجاب لا أشتري أو يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ فيراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر تقبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بأن ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده محجوج به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب أو أثمانا كالدراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذا الكور جة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيأ فبعها مني بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار العوض فيه للأجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في رأس مال السلم اذا كان مكيلا أو موزونا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيء ثم المسئلة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها أما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بأن اسناد التفريق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كما في قوله أقدمني بلدك حق لي على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلابد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر أنه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله ثمنا كانت أو مثمنا) أقول وتقرير صدر الشريعة صريح في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح (قوله فان جهالة الوصف الخ) أقول والظاهر أن قول المصنف وجهالة الوصف الخ كلام مستأنف أتى به بيانا لحال جهالة الوصف فيه (قوله ناجزا في البيع) أقول أي حاضر (قوله فجهالة المقدار تمنع الصحة) أقول اذا بيعت بجنسها

(والاثمان المطلقة لاتصح الاأن تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الأجل معلوما)

مقدارها احترازعن الصفة فانه لوأراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا أونبهرجة كان له أن يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة أورصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها ولوقال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع مافيها خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم فى البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولاخيار للبائع بخلاف مالو قال اشتريت بما فى هذه الخابية ثم رأى الدراهم التى كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار مافيها من خارجها وفى الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لاخيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت فى النقود (قوله والاثمان المطلقة) أى عن قيد الاشارة (لاتصح حتى تكون معلومة القدر) كخمسة وعشرة دراهم أوا كرار حنطة بخلاف مالو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز فان علم المشترى بالقدر فى المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بألف درهم الا دينارا أو بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا أن يكون شيأ لا يتفاوت كالخبز واللحم (والصفة) كعشرة دراهم بخارية أوسمرقندية وكذا حنطة بحيرية أوصعيدية وهذا لانه اذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة فى وصفها فالمشترى يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلامنازعة واعلم ان الاعواض فى البيع إما دراهم أو دنانير فهى ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفا وإما أعيان ليست بمكيلة ولا موزونة فهى مبيعة أبدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا فى الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا فى الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم فى كونها دينا فى الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة الى أجل جاز ويكون بيعا فى حق العبد حتى لا يشترط قبضه فى المجلس بخلاف مالو أسلم الدراهم فى الثوب وانما ظهرت أحكام المسلم فيه فى الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه أومكيل أوموزون أوعددى متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهى مبيعات أو بأمثالها من المثليات فما كان موصوفا فى الذمة فهو ثمن وما كان معينا فبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهرزاده رحمه الله فى شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا فى الفتاوى لو قال اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الدار أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان فى البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع فى الدار بعشرة دنانير وفى الثوب بعشرة دراهم وفى البطيخة بعشرة أفلاس وان كان فى بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا أنه اذا صرح بالعدد فتعين المعدود من كونها دراهم أو دنانير أو فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع و:وقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل)

قال (والاثمان المطلقة لاتصح الاأن تكون معروفة القدر والصفة) الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الاأن تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونها بخاريا أوسمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها (وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخى رحمه الله المبيع ما يتعين فى العقد والثمن مالم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعى فى البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرمانى فى الايضاح الثمن ما كان فى الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت فى الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء

(قوله يمتنع حصوله بالجهالة الخ) أقول أى بجهالة ذلك الواجب (قوله الى النزاع) أقول فى ذلك الواجب (قوله والثمن مالم يتعين) أقول هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت فى الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعرف هو المبيع المطلق والثمن المطلق وهو ما يكون ثمنا بكل حال فمعنى التعريف ما كان فى الذمة على كل حال بقرينة الاطلاق الذى يصرف على الكمال

وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فانه انما يجوز العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقي أصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها أثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونه دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع بأعيانها أثمان نظرا الى انها أمثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي معينة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة وأثمان لان البيع لا بدله منهما وليس أحدهما أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فيجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت أعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة نقود أعني الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك (٨٤) ومقدارات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو مترددين كونه مبيعا وثمنا والتميز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى (أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورهنه درعه) لكن لابد وأن يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها قال (ومن أطلق الثمن كان على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كأن قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي القولى

وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا أن يبين أحدها واعلم اني أذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم أنزلها على متن الكتاب حلا له فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما أن يكون الاختلاف في المالية والرواج أو في المالية دون الرواج أو في الرواج دون المالية أو لا يكون في شئ منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة لوقوعها في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه

لاطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى) رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعا له) من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمى هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشحم رجل من بني ظفر في شعير (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسلم والتسليم فهذا يطالبه في قريب المدة وذاك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أوجب فيه التعيين حيث قال من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع وأما البطلان فيما اذا قال بعتكه بألف حالا وبألفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن تؤدي الثمن في بلد آخر جاز بألف الى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله علله بتضمنه أجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر القدر بأن قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف) المطلق (اليه) فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف

(قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احترازا عن الثمن (قوله والثمن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحله العقد بأن يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كما ذكروه استلزامه فقدان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المقايضة بخلاف ما اختاره

(فإن كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فإن المصري أفضل في المالية من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج (فالبيع فاسد) لان الجهالة تفضي الى المنازعة اشارة الى القسم الثاني الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما فحينئذ يجوز وقوله (أو يكون أحدهما أغلب وأروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريا للجواز) اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون أحدهما أروج أعم من ان يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله (وهذا) أي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثاني أعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارى والاختلاف بين العدالى

(فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا أن يبين أحدهما) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدهما أغلب وأروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالى بفرغانة جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من أي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة

القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب الاشرفي والناصري بمصر لكنها في الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدها بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد دفع الاعلى فيفسد البيع الا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني هذا الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الاروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء لانه لا فضل لاحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو أراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهما آخر جاز يعني اذا كانا متحدي المالية والثنائي والثلاثي اسماء دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي أفضل مالية عندهم والعدالى اسم لدراهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فقوله (والحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أي بشرط عدد من الكيل والا في اللغة

بفرغانة وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا يختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله (فان كانت سواء فيها) أي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله (جاز البيع اذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا) أي المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدراهم (الى ما قدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أي نوع كان) من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستوائهما في الرواج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة)

قال المصنف (والاختلاف بين العدالى الخ) أقول والظاهر انه جملة معترضة لبيان مكان يوجد فيه الاختلاف بين النقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ الى قوله هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فان اسم الدرهم انما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا فحينئذ يظهر استواؤهما في المالية وانه ليس في كلام الشيخ تعقيد فليتأمل

المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه واذا بيع (مجازفة) فان كان شيأ لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا (بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم) لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيأ لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال (ويجوز) باناء بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (باناء بعينه أو بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز) لان الجهالة المانعة ما تفضى الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم وقيل يشكل على هذا ما اذا باع أحد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيهم شاء ويرد الباقين أو اشترى بأي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز أن يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروى عن أبي يوسف ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها أما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر

بوفيه

ومجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة قال (ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا

المكايلة أن تكيل له ويكيل لك (ومجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل باراءة الصبرة والجزف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اذا أكثر ومرجعه الى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا وهذا أيضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد أيضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتا فيجوز والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى أصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدا بيد (ولان) هذه (الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم) لتعجل التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فشابه جهالة القيمة) للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع (قوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) قد قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد أما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين فلو ملأ له بأصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه

(قوله وان كان مما يدخل تحته الى قوله لا يقال لا دلالة للحديث على المنع الخ) أقول أنت خبير بان ايراد الحديث ليس للدلالة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لما فيه من احتمال الربا تأمل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تقرير الكلام بخلاف ما اختاره المصنف من النظام (قوله وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاولى الخ) أقول اذا كان غير عين يكون مجهولا وسيجيء ان الفساد فيه للجهالة

والاول أصح وأظهر

يوفيه فى منزله وعن أبى يوسف اذا ملأ ها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع فى الثانى وفى الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن أبى يوسف أيضا يجوز فى القرب مطلقا وفى المحيط بيع الماء فى الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله فى وعاء ووجه فى المبسوط مسئلة الكتاب بأن فى المعين مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى وفيه نظر فان فى المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بمقدار جرمه وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل بها فى كيل غير معلوم قبل أن يصب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضى أن يثبت الخيار اذا كال به أو وزن للمشترى كما فى الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص فى جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفى جمع التفاريق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغى أن يكون هذا محمل الرواية عن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى البيع أيضا كما لا يجوز فى السلم فقوله لا يجوز أى لا يلزم قال المصنف (والاول أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور فى الكتاب وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضى الى المنازعة وهى المانعة وذلك لانه يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفى ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبى حنيفة فى المسئلة التى تلى هذه وهى ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه إذا كال فى المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشترى كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما إذا رأى الدهن فى قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن أبى يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصا فى ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام فى وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان أقل مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك أن تأخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضى الى المنازعة لان هلاكه إن ندر فالاختلاف فى أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع فى ذلك بالتعجيل كما فى عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا بأس به ثم ان فى المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكر وتقدم النظر فى الاولوية هذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تفضى الى المنازعة ما اذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشترى أيهم شاء أو باع بأى ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضى الى المنازعة أجيب بان المبطل فى المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز فى عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سيأتى ولا شك أن القياس ما عن أبى حنيفة فى القربة من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل أن يصطاده كما لو باعه كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز الا أن يكون سلما وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القربة فى ديارنا عصرا اذا لم تكن معينة مثل قربة كافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر فى الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة فى بيت أو مطمورة فى الارض والمشترى لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحتها دكان أى صفة ونحوها كذا فى فتاوى القاضى، وعن أبى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفى الفتاوى

(والاول) أصح يعنى من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة (وأظهر) يعنى من حيث الرواية

قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما أن يعلم مقدارها فى المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل فى المجلس أولا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة مافيها من القفزان وان كان الثانى فالمبيع قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله وجملة القفزان كالاول عندهما لابى حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضى الى المنازعة

لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الا أن تزول الجهالة فى المجلس بأحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أجيب بان الفساد فى صلب العقد قوى يمنع من الانقلاب ويقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس فى صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه لظهور أثره فى اليوم الرابع وبامتداد الاجل

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة الا أن يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل فى المجلس وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع

بعت منك مالى فى هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشترى لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما فى هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز فى البيت جاز فى الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشترى بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موز ونا بانا على أن يفرغه و يزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلهذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد الكائن فى المجمدة قبل لا يجوز حتى يسلم أولا تم البيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه أبى جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعدها لا يجوز لانه ما يذوب فى كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلهذا أهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر الى ما يعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وسيأتى من هذا الباب شئ فى خيار الرؤية ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فى قفيز واحد عند أبى حنيفة رحمه الله) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع فى واحد عنده و يتوقف فى الباقى الى تسمية الكل فى المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشترى فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أيضا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه لا يجوز الا بتراضيهما و روى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل و رضى المشترى بأخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد يصح البيع فى الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز فى قفيز واحد فللمشترى فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جملة القفزان (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن) ولا جهالة فى القفيز فلزم فيه واذا زالت بالتسمية أو الكيل فى المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر فى الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغى بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما فى المحيط عن بعض المشايخ أن عنده يصح فى الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما فى المجلس كالثابت فى صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعده حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيهما لم يتمكن فى صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيهما لا يظهر فى الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضى الى المنازعة لان بعد العلم بأن كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا أو قليلا فجوابه ان المفسد هنا جهالة الثمن بكمية خاصة وقدر العدم الاشارة ولا معرف شرعا له غير ذلك وأما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشترى بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان فتهافت ظاهر لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن يكيله

(قوله لابى حنيفة الى قوله جهالة تفضى الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تفضى الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولا الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الا أن تزول الجهالة الخ) أقول تأمل فى هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا) أقول بلا تقييد بالمجلس (قوله كما اذا كان فاسدا بحكم أجل مجهول الخ) أقول كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدوم الحاج ثم أسقط الاجل قبل حلوله وسيجىء تفصيله فى أواخر البيع الفاسد (قوله أجيب بأن الفساد فى صلب العقد قوى الخ) أقول يرد أن يقال اذا كان الفساد فى صلب العقد ينبغى أن لا يرتفع أصلا كما فى بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد و يجوز أن يقال بأن الفساد هنا محل الخلاف فضعف بخلافه ثمة

(ولهما ان هذه جهالة ازالتها في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان ازالتها بأيديهما فلأنها ترتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بيدهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها إما بيد البائع ان كان هو الراقم أو بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشترى لا يقدر على ازالتها وأما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار وأجيب لابي حنيفة بان القياس فيه الفساد أيضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى الى غيره ولهذا لم يجوزه أبو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة كان للمشترى الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم وأما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له وفيه بحث أما أولا فلأن تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بألف ثم اشترى أحدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانيا فلأن قياس قول أبي حنيفة أن لا يخير المشترى للزوم انصراف البيع الى الواحد لعلمه كما لو اشترى قنا ومدبرا فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشترى يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بأن انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن أين التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما أيضا الكثرة وثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز

ولهما أن الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع وكما اذا باع عبدا من عبدين على أن المشترى بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

بكيلها ليعرف القدر الذي يطالب به اذ لا يمكن أن يطالبه الا بكيلة خاصة مشار اليها أو مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشترى فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا التقدير كان مطلا لا المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما ازالتها) بان يكيلا في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين أو ثلاثة على أن المشترى بالخيار يأخذ أيهما شاء وقد أورد عليه نقض اجمالي لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وأنه يجوز

والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه (قوله وكذا اذا كيل في المجلس أو سمى جميع قفزانها) يعني كان للمشترى الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فربما كان في حدسه أو ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يتمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشترى من مكان آخر وهل يوافق أو لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة

(قوله لان التفريق وان كان في حقه أيضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسميته جملة القفزان وكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم الخ) أقول وعندي أن مجيء التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية يعم صورة عدم علمه بجملتها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم يشرع في البيع فحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضيا بوجه فتأمل (قوله فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له) أقول ان أراد انه لا خيار له مطلقا ولو اذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد انه ليس له خيار الرؤية فمسلم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفرق الصفقة ثم الاولى تأخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليتأمل (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه الخ) أقول قبل الانصراف الى نصيب الشريك فيما سبق مجتهد فيه أيضا ولهذا لا يشيع الفساد على ما سيجيء في باب البيع الفاسد فما الفرق (قوله وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل مبيع فمن أين التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد المجيب انهما يقصدان كون الكل مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتتفرق الصفقة عليهما فليتأمل (قوله وثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضا

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد) لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق

بيع عبد من أربعة على أن المشتري مخير في تعيينه وان يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل أجيب بأن البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار المخطر الذي فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا أن لا يجوز في عبد من ثلاثة الا أنه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابي حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن كالبيع بالرقم و بأي ثمن شاء أو في المبيع كبيع عبد من أربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الا بكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد واذا فسد البيع في عبد من أربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في احتمالات أربعة لا تتعداها فلان تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أربع امكانات أو عشرة أولى بل ويسجل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ ظهر من الجواب أنه معدول عن القياس ولذا امتنع في أربعة أعبد وحينئذ ترجح قول أبي حنيفة وظهر أن كون العاقدين بيدهما ازالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتها فيها وغايته اذا أزيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة أمثال يطول عدها يبطل البيع فيها بالجهالة في الثمن أو المبيع مع امكان ازالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الاصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما تتناول أدناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بأن عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا الاجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الاصل ﴿فرع﴾ اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط أن يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرط أن يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكترى دابة أخرى يحمله عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند أبي حنيفة أما اذا سمى أحدهما فصح

بالاتفاق

وأما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رحمه الله في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن وأما اذا سماهما أو أحدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني وأما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا

(قوله فهو جائز في الكل لما قلنا) أقول من ان ازالة الجهالة بيدهما .

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب الا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته

بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة أو التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قدمنا من أن الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والغاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الآحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في الكل ولهذا لو باع شاة أو عشرا من مائة شاة أو بطيخة أو عشرا من وقر بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض أما في الكرباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الاليق بأصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا أورد الصدر الشهيد والفقيه أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من أجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع الصدر الشهيد أوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز) مثلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة (كان للمشترى الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلا أو موزونا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزون (وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجد المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة أو المائة كان الكل للمشترى (ولو) كان (قال على انها مائة ذراع) مثلا (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فللمشترى الخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثانى خير المشترى بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشترى وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها أو تركها واذا كان المشترى مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أرضا على انها مائة ذراع فوجدها أقل خير المشترى بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شئ من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شئ من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله الا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شئ فلهذا أي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شئ من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته

(قوله وان كان الثانى خير المشترى بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغى أن يكون علة للفسخ لا لقوله خير اذ لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح (قوله لتفرق الصفقة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفريق فلا مخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى انه عبارة عن الطول والعرض) أقول الان فيما نحن فيه عبارة عن الطول

الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا قال (وان وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم (ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

ان الذرع فى المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا فى هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو اعورت عند المشترى جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن فى صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزائد فى الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة فى هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لو لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجرى فى تعيين الثوب الذى يرد الى البائع بسبب انه أصل من كل وجه أما ههنا فالذراع ليس أصلا من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه يضر ر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر فى المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثلى لا تنقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكثيرة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين فى القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذى عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجية كان بثمن

(وقال الا انه يتخير) استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من الذرع الذى سماه كان الزائد للمشترى ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شئ من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على أنه أعمى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكل مسائل الفقه وقد منع أن يكون الذرع فى المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز أن يقال شئ طويل وعريض يقال شئ قليل أو كثير ثم عشرة أقفزة أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم فى الاصل والوصف واختلفت عباراتهم فى ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتنقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير فى تقدم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو أصل وقيل ما لا ينقص الباقى بفواته فهو أصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثانى والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة أقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذى يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة أقفزة وأما الذراع الواحد من الثوب أو الدار اذا انتقص فان الباقى لا يشترى بالثمن الذى كان يشترى معه فان الثوب العتابى اذن مثلا اذا كان خمس عشرة ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد فى قيمة الخمسة وفى قيمة العشرة أيضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن أصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح يقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشترى بنقصان العيب كمن اشترى عبدا أو أعتقه أو مات ثم اطلع على اذا نقصان إصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور أجيب بأن كلامنا فى الوصف لا فى الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشترى أو لحق الشرع بأن كان ثوبا فخاطه المشترى ثم اطلع على عيب أخذ شبها بالاصل فأخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعنى الثياب أو المذروعات كذا فى النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعنى الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة أخذها المشترى بحصتها من الثمن أو ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب

وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أى أخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشترى آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تأتى للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد وأجيب بأن الذراع أصل من وجه من حيث انه من أجزاء العين التى هى مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى أن يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة أخذ المشترى الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة فى الذرع لزمه الزيادة فى الثمن وفى ذلك ضرر فكان فى معنى خيار الرؤية فى دفع الضرر فيتخير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا بشرط وطا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كما لو كان العقد واردا على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سيأتى وأما الثانى فهو ان الذراع لو كان أصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة فى العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة أقفزة فاذا هى أحد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت فى تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثانى بأن الذراع الزائد لو لم يدخل كان باقيا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا فى الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبى حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم فى كونها عشرا فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم

وهذا لانه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة فى الذرع تلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبى حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز فى قولهم جميعا) لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم

اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو فى الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذى يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا هو جائز) وبه قال الشافعى رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم منها) (جاز فى قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما فى بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة فى تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم فى نكاح الصابئة مبنى على انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثانى اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن فى

(قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح فى العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لا هذا القول (قوله فلا يكون علة لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية علة له بلا لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع منزلة ثوب ينبئ عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع منزلة ثوب واحد ولعل هذا تأويل ما فى النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كما يظهر فى مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أثواب (قوله وعن الثانى بأن الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجاب عن الثانى بأنه لما كان فى الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتينك الجهتين ولعل هذا أولى مما ذكره الشارح

ولابي حنيفة ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والشائع ليس كذلك فما يحله لا يكون شائعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز (وذلك) أي العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه أمر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما اذا لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان وأما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة أثواب) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فسد البيع أما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة وأما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدري قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة

وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة

ترجيح المبني فأبو حنيفة يقول (الذراع اسم لما يذرع به) ومعلوم انه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف عشرة أسهم) لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها بالعشر والا فلا فائدة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لانها جهالة بيدهما ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأي الاول ولما وضع المسألة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع ظهر ان ما قال الخصاف من أن الفساد عنده انما اذا لم يعرف جملة الذرعان وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بأيديهما ازالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتها أن يقول بعتك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قررناه من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه (والثمن) في صورة النقصان لان الثمن لا تنقسم اجزاؤه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمنا) بأن قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه (ولم يجز في الزيادة) لان جهالة المبيع لا ترتفع فيه لوقوع المنازعة في تعيين العشرة

المبيعة

قال المصنف (وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع) أقول قال الاتقاني كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهي مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما يذرع به اهـ لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذكر فيهما جمع أذرع وذرعان بالضم اهـ وذكر باعتبار الخبر

ومن مشايخنا من قال إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا . لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرط القبول في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في الكل خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد في الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة

وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا

المبيعة من الاحد عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثر مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما أما على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بفسد مقارن وهو العدم والاصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين على أنهما هرويان) كل ثوب بعشرة (فاذا أحدهما مروي) بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة أما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الهروي والفائت في مسئلة الجامع الصفة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدها أولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الائمة السرخسي الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان أبا حنيفة في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرط القبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فمسلم ولا يضر فان في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك أن في العشرة أيضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرط القبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الى آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه المصنف وهو أن الشيئين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرط الصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك أن اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى انه انما أوجب في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطا فانما تلاقي الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة أثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يفد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فأحرى أن يكون البيع باطلا

فاذا أحدهما هروي والآخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابن حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروي ووجه الاستدلال أن الفائت في الصفة مسئلة الجامع الصغير لا أصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في أحد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات أحدهما من الاصل أولى أن يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرط العقد في الهروي وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان

قال المصنف (فاذا أحدهما مروي) أقول قال ابن الهمام بسكون الراء نسبة الى قرية من قرى الكوفة وأما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين قريتين اهـ وفيه كلام (قوله لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد) أقول لا يقال اذا كان غير مذكور فبأي شيء علم الشرط لانه لا يعلم من اشارته اليهما حين البيع فليتأمل

قال (ولو اشترى ثوبا أو احدا) اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد أو نقص نصف ذراع قال أبو حنيفة اذا زاد أخذه بعشرة بلا خيار وفى النقصان بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف اذا زاد أخذه بأحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد أخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم (فيجزأ عليه) من التجزئة وفى بعض النسخ (٩٦) يجرى عليه أى على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع (ولابى يوسف أن بافراد البدل صار كل ذراع) كثوب على حدة والثوب اذا بيع على أنه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شئ من الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابى حنيفة رضى الله عنه قد ثبت ان الذراع وصف فى الاصل لا يقابله شئ من الثمن وانما أخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه أصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة فى الثوب الذى تتفاوت جوانبه كالسراويل والقميص والاقبية أما فى الكرباس الذى لا تتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما فى الحنطة اذا باع قفيزا منها

(قوله كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع) أقول الاولى هو تعميم الكلام لكلا طرفى الزيادة والنقصان بأن يقول كما لو باع عشرة بعشرة كل ذراع بدرهم فنقص منها أو زاد ذراع ولابد لمحمد رحمه الله تعالى من الفرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من انه اذا باع ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة فان ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم ثابتة هناك أيضا ولعله يمنع ذلك للتفاوت فى اطراف الثوب الواحد ولا كذلك أطراف الذراع الواحد منه غالبا. (قوله والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا الخ) أقول ولم يعين لكل ذراع ثمن بل بيع على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلا

(ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفى الثانى يأخذ بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله يأخذ فى الاول بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمها ولابى يوسف رحمه الله أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابى حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس فى ملكه حنطة البيع باطل ولانه باع ما ليس عنده وفى المحيط روى قاضى الحرمين أن العقد فاسد فى الفصل الاول وفيه أبيعك هذه الحنطة على أنها أقل من كر فوجدها كذلك جاز الا فى رواية عن أبى يوسف وان وجدها كرا أو أكثر فالبيع فاسد وكذا اذا قال على انها أكثر من كر فوجدها كذلك وان وجدها كرا أو دونه ففاسد ولو قال كرا أو كرين جاز كيف ما كان غير أنه يخير فى الاقل كما لو قال على أنها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا فى كرم معين على أنه كذا وكذا منا وكذا فى العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد فى الاكثر أنه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد الى البائع بخلاف ما اذا قال كرا أو كرين ولا وجه للرواية عن أبى يوسف لان غاية ما فى ذلك انه باع صبرة بشرط أن لا تبلغ المقدار الفلانى والله أعلم (قوله ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله فى الوجه الاول أخذه بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى أخذه بتسعة ان شاء وقال أبو يوسف رحمه الله فى الاول يأخذه بأحد عشر ان شاء وفى الثانى بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله فى الوجه الاول يأخذه بعشرة ونصف ان شاء وفى الثانى بتسعة ونصف ويخير) وجه قوله (ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكم المقابلة) وحكمها أن يجب فى مقابلة كل جزء إضافى من الذراع مثله من الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا وفى بعض النسخ فيجزأ الدرهم عليه أى يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجزأ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا أن الدرهم أقرب مذكور وانما يخير فى الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفى النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة (ولابى يوسف أنه لما أفرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد) بيع على انه ذراع لما عرف أن افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية (وقد انتقص) عن الذراع فلا ينتقص شئ من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من أن فى الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفى النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابى حنيفة أن الذراع وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط)

وكان

﴿فصل﴾ مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى انه ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لا نسلم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم (لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذا لم تكن داعية لليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تاويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعا له

﴿فصل﴾ ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه) لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعا له

وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شئ من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما ويتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

﴿فصل﴾ لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحا اليد لانها بحجريها تنتقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء (بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا وان أبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا إن كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه وأما قدور القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين

﴿فصل ومن باع دارا﴾ (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا ينبني على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول بمعنى انه لا يخلو من البناء على واحدة منهما (قوله على معنى انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالمضاف مقدر (قوله وما وضع لا لان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ (قوله لأن تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في اليمين اذ هي للامتناع عن الشئ والبناء لا يكون داعيا الى اليمين في أمثال قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقبول كون البناء جزأ من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره ألا يرى ان من حلف لا يكلم زيدا فكلمه بعد ما قطع يده ورجله يحنث مع كونهما داخلين في زيد واذا بيع دخل يده ورجله في البيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجمالي وأصل ما ذكرنا في كتب الاصول في باب الاحكام (قوله اذا لم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول لا ينعقد بها في العرف (قوله ولأن البناء متصل به أي بالارض على تأويل المكان) أقول لم يتقدم ذكر الارض والاولى أن يقال أي بالعرصة نعم ما ذكره صحيح في قوله لانه متصل به للقرار .

(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فأشبه البناء

وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغى أن تدخل كما اذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتى ان شاء الله تعالى فى باب الحقوق ﴿ فروع ﴾ باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام فى بيع البعير ولم يذكر فى شئ من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص أو بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف فى فتاوى قاضيخان وهو الظاهر فالا كاف فيه كالسرج فى الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا فى ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود فى بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل فى هذا باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بعث فى ثياب مثلها دخلت فى البيع وللبائع أن يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان فان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع فى حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع أتانا لها جحش أو بقرة لها عجول اختلف قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبد اله مال ان لم يذكر المال فى البيع فماله لمولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بأن كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن أكثر جاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير أو بالقلب جاز اذا تقابضا فى المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد فى مال العبد اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لى كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فأشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفى فتاوى قاضيخان ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهى للبائع الا بشرط ثم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهى كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق فى بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان فى الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذى على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرصاد

والتوت

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الاصح (وان لم يسمه للاتصال فأشبه البناء)

(ولايدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذى فيها (ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع) لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع

والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة بخلاف مالو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل فى البيع أشياء بلا تسمية وهو مايدخل تبعا كذلك يخرج منه أشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والفارقين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل فى البيع وفى الفصل الثالث فيما يجوز بيعه ومالا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود اختلف المشايخ واستثنى الحياض وفى المقبرة لابد من ذكر الحدود الا أن تكون ربوة (قوله ولايدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل) أى لفصل الآدمى اياها لا انتفاعه بها (فشابه المتاع الذى فيه) أى فى المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها فى البيع مع انه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضا الام وما فى بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بمجانس للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للقرار كما فى الشجر كان متصلا للحال وفى ثانى الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا للجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل فى ثانى الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغى أن يدخل لان الاتصال قائم فى الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بأن الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى فى البيع له أو تبعيته له والتبعية بأن يكون مستقر الاتصال به لا بمجرد اتصاله الحالى مع انه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله أعلم (قوله ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا أن يشترطه المبتاع) لنفسه أى يشترى الشجرة مع الثمرة التى فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة فى كونها للبائع الا بالشرط ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع وعند الشافعى ومالك وأحمد يشترط فى ثمر النخل التأبير فان لم تكن أبرت فهى للمشترى والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر اناث النخل لما روى أصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع وفى لفظ البخارى من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذى باعها الا أن يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رحمه الله فى شفعة الاصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذى ذكره المصنف وما قيل ان فى مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفى الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى أصول المذهب أيضا يجب لانه فى حادثة واحدة فى حكم واحد والذى يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور فى الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وحينئذ فيجب أن يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان الابار علامة الاثمار

ولايدخل الزرع فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل فى بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس فى وسعه فصل الحمل عن الام قال (ومن باع نخلا) باع نخلا (أو شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع الا) أن يقول المشترى اشتريته مع ثمرته (لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ماوضع للقرار يدخل وماوضع للفصل لايدخل لان المعقود عليه أرض فيها النخل عليه ثمر فقال عليه السلام الثمرة للبائع الا أن يشترط ولم يذكر النخل وقوله (ولان الاتصال وان كان خلقة) فيه اشارة الى ان الاعتبار للحال الثانى والحال الاولى لافرق فيها بين أن يكون خلقة أو موضوعا

(قوله وفيه دلالة على أن ماوضع للقرار الخ) أقول فيه تأمل فان تخصيص الثمر بالذكر لايدل على نفى الحكم عمالم يذكر على ماهو المذهب

(ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعى رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد والمعتاد أن لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لان بيعه يجوز فى أصح الروايتين على ما بين فلا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر

فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا يعنى مثمرا وما نقل عن ابن أبى ليلى من أن الثمر به طلقه المشترى بعيد اذ يضاد الاحاديث المشهورة (واذا) كانت الثمرة للبائع (يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع) يقال له اقلعه وسلم المبيع (لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعى يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع) وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله (لان الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب فى الدار تسليمها فى الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحالين (وفى العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع) فانه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشترى بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين أقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما الضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد بكسر الصاد جاء وقت حصاده أجاب المصنف (بأن هناك) أى فى الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجرة فى التبقية لان تسليم العوض تسليم المعوض ولابد فى تمامه من تسليم أن المعتاد فى الاجارة التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض فى الحال والا لو لم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الاجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه فى الحال وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو فى البيع بتركه الى ما ذكرنا مجانا وفى الاجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا الا أن يتم منع أنه معتاد فى البيع كذلك والا فاذا فرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه أن يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع فى الحال لو لم يكن التأخير الى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هى مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر فى البيع ببيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها بيعا مطلقا لا تدخل عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان الارض أصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعى وعند محمد وهو رواية عن أبى حنيفة وقول للشافعى يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفى جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن

(ويقال للبائع سلم المبيع) فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشترى عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع (وقال الشافعى يترك حتى يبدو صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع) وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم أن المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهى اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا (قوله هناك) اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) فى صورة انقضاء مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الا بأجر وتسليم العوض تسليم المعوض) لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى (ولا فرق بين أن يكون الثمر بحال له قيمة أو لم يكن) فى كونه للبائع (فى الصحيح) وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل فى البيع ويكون للمشترى ووجه الصحيح أن بيعه منفردا يصح فى أصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل فى بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار

(قوله وقد عارضه دلالة الرضا بذلك) أقول أنت خبير بأنه لا يظهر لقوله وقد عارضه دلالة الرضا وجه بعد تسليم ان العرف فى أمثال ذلك عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد فتأمل والله الموفق للرشاد قال المصنف (قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض) أقول لا يقال الاجر عوض المنفعة لا الارض فلا يتم التقريب لان المعنى أقيم مقام المنفعة فيها على ما سيجىء (قوله لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتى) أقول يعنى سيأتى من أنه يكون صفقة فى صفقة ثم قوله لما سيأتى فى جواب عن قوله لا يقال الخ)

وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لايدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لايدخل الا بالتصريح به

يكون له قيمة أولا في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لايدخل في الحالتين ان كان له قيمة أولم تكن وعلله أن بيعه يصح في أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لايدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار (قوله وأما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع) هكذا أطلق المصنف وكذا أطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن أما اذا عفن فهو للمشترى لان العفن لايجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه أبو الليث أنه لايدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشترى والا فللبائع ولو سقاه المشترى حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشترى متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لايدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منهما شيأ ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لايدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما أي لايدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بأن تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أولا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشترى ويعلله بأنه لايجوز بيعه وحده لانه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكأن هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لايجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لايدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به في ثاني الحال (قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعني اذا باع أرضا فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لايدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلا أيضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا هذا في المتصل بالارض والشجر

(قوله وأما اذا بيعت الارض) يعني معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لايدخل في البيع وان لم تكن له قيمة (وأما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها) صاحبها ولم ينبت فانه لايدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع) وذكر في فتاوى الفضلي ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض وأما اذا عفن فيها فهو للمشترى وهذا لان بيع العفن بانفراده لايصح فكان تابعا (ولو نبت ولم يصر له قيمة) قال أبو القاسم الصفار لايدخل وقال أبو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ (وكأن) وصحح بعض الشارحين تشديد النون (هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه) يعني فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا والمشفر كمعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال (ولا يدخل الزرع والثمر) اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة الاول أن يقول بعت الارض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها وفي الثاني والثالث لايدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان في الارض أو على الشجر وأما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لايدخلان الا بالتصريح به

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله يذكر لما هو تبع) أقول أي للمبيع

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) بيع الثمر على الشجر لا يخلو اما أن يكون قبل الظهور أو بعده والاول لا يجوز والثانى جائز بدا صلاحها بصلاحها الانتفاع بنى آدم أو علف الدواب أو لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الزمان الثانى فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام خواهرزاده أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ولأن البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول أصح يعنى رواية ودراية أما الاولى فلما أشار اليه محمد رحمه الله فى باب العشر ولو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن الشراء جائزا فى أول ما تطلع لما وجب العشر على المشترى وأما الثانية فلانه مال متقوم فى الزمان الثانى ونفى جوازه مفض الى نفى جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك أو ان المراد به النهى عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى أن يبدو صلاحها أو بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشترى قطعها فى الحال تفريغا لملك البائع قوله (وهذا) اشارة الى الجواز أى الجواز اذا (اشتراها مطلقا أو بشرط القطع) أما اذا قال اشتريته على أنى أتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير أو ان فى هذا البيع صفقة فى صفقة لانه اعارة فى بيع أو اجارة فيه لان تركها على النخل اما أن يكون بأجر أو غيره والثانى اعارة والاول اجارة وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة أن لو جازت اعارة الاشجار أو اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة فى صفقة هذا اذا كانت الثمرة

قال (ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع) لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الثانى وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والاول أصح (وعلى المشترى قطعها فى الحال) تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع (وان شرط تركها على النخيل فسد البيع) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة وهو اعارة أو اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا

أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيهما فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجدود بدال بين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد أى المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها) لا خلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا فى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا فى الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع فعند مالك والشافعى وأحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به فى الاكل ولا فى علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز لانه مال منتفع به فى ثانى الحال ان لم يكن منتفعا به فى الحال وقد أشار محمد فى كتاب الزكاة الى جوازه فانه قال لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشترى وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كأنه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب اذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشترى فى الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره الطحاوى لعموم البلوى وفى المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد وجه قولهما فى الصورتين (أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو (صفقة فى صفقة) لانه ان شرط بلا أجرة فشرط اعارة فى

(قوله وأما الثانية الى قوله يفضى الى نفى جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه الى الزمان الثانى كما فى المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فيكون التقييد بقوله قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك فى الاغلب يكون فيه (قوله وانما يتوهم هذا) أقول أى اذهاب الله الثمرة (قوله فقد فسد البيع الى قوله لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه) أقول أنت خبير بأن شرط الترك على النخل لا ينافى فى تسليم المعقود عليه على ما سيجىء فى مسئلة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية ففى تقريره كلام لا يخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله (قوله وفيه تأمل الى قوله وليس كذلك) أقول اعارة الاشجار ينبغى أن تجوز ويدل عليه ما نقله العلامة السكاكى عن الجامع الاصغر فراجعه

لم يتناه في عظمها . وأما اذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض أو الشجر والجواب أنا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بأن يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده ويتصدق بفضل ما بينهما الا أن ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعدما تناهى لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حاله من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير اذنه شئ بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها على ما سنذكره واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له أصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيأ حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض أو الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا

البيع أو بأجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه ومالم يتناه انه يجوز لان العادة تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد بمعنى من الارض والشجر الى أن يتناهى العظم ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد الا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي للتعامل فيكون مالم يتناه على أصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا أو باذن في ضمن الاجارة بأن استأجر الاشجار الى وقت الادراك أو بلا اذن ففي الصورتين الاولين يطيب له الفضل والاكل أما في الاذن المجرد فظاهر وأما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن أن يشترى الثمار مع أصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي شراء ما لا حاجة له اليه أو ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاول أولى وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجار الجفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فأورث خبثا أما هنا الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب أما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره فمنع وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة أما اذا باع ما تناهى عظمه فتركه المشترى بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشئ لانه لم يزدد في ذاتها شئ وهذا قول المصنف (لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة) أي تغير من وصف الى آخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم

(قوله وههنا يمكن للمشترى أن يشترى الثمار مع أصولها الخ) أقول انما يمكن للمشترى ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ ما يقدر عليه المشترى من النقود الى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبه ثمار الاشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول وصح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه بل المخلص فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره

عليه اثم غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعي و باقي الأئمة في الخلافية ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل وما تزهو قال تحمار أو تصفار وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لأنه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفي موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله فحلف لا يفعل فذهبت بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال تأبى أن لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه أما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يحل ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه فانه يستلزم أن معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك وهي مزهية قبل الزهو وقد فسر أنس رضي الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لأن العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه فالمعنى اذا بعتموه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يصر عنبا بم تستحل أحدكم يعني البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي واذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث وحينئذ فالحديث المذكور لنا فيها أعني حديث التأبير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع منتفع به في الحال أو في ثاني الحال الى آخره وبهذا التقرير يظهر أن ليس حديث التأبير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيح بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فأشبه هلاكه قبل التسليم (ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع يمينه

(لأنه

الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فأمكن أن يكون متضمنا لشئ ويفسد ذلك الشئ لفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لأن المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن أصحابنا وحكى عن الشيخ الامام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر

(قوله وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى يفتي بجوازه) أقول في الصورة الأولى أيضا

(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز اذا احدث شئ قبل القبض واذا احدث بعده يشتركان (والمخلص) أي الحيلة في جوازه فيما اذا احدث قبل القبض أن يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه وهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود أصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) اذا باع ثمرة (واستثنى منها أرطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رؤس النخيل أو ثمرة مجذوذة وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب أن مراده ما كان على النخيل وأما بيع المجذوذ فجائز وهو يخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء واستدل بقوله (لان الباقي بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لا يرد عليه العقد

لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة) خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية

(لانه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) اذا احدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا لما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم أنه مروي عن أصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عاداتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه اللوازم الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الارض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك باذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك) أجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة (قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي) والشافعي وأحمد رحمهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شئ بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شئ يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان وروده على التعليل بجواز أن لا يبقى بعد الاستثناء شئ وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق انه بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية

وهذا يدل أيضا على أن الحكم فيهما سواء (بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة وأجيب بأنا لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو أردأ الثمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شئ منه قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى وعن هذا قال بعض

الشارحين يشير الى هذا قوله (ارطالا معلومة) ورد بأنه لو كان المستثنى صاعا واحدا أو رطلا واحدا فالحكم كذلك وبأنه لا يخلو اما أنه بقي شئ بعد الاستثناء أولا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلانه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شئ أولا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فان اللازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بلازم (قوله فيبطل الاستثناء

ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية فإن حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع أطراف الحيوان فيه والحمل لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصودا معلوما وإفراد العقد يقتضي أن يكون المعقود عليه مقصودا معلوما فاشتركا في القصد والعلم فما جاز أن يقع معقودا عليه بانفراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزا منها بدرهم يجري في جميع الصبرة إلا في قفيز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منه بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه ولو قال إلا هذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز إفراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة (١٠٦ أ) كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فإن استثناء قدر منه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

(ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره) وكذا الأرز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده وله في بيع السنابل قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه

ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما إذا باع هذه الشاة إلا أليتها أو هذا العبد إلا يده فيصير مشتركا مميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز وإنما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقي مبيعا إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وإن لم يفض إلى المنازعة فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لم يفض إليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون المبيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ إلا تلك الأرطال فبعيد إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأرطال لا تستغرق الكل والأفلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده وله) في بيع الحنطة (في السنبل قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها (وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه) وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه

وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فإنه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على أن لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كما عرف في الأصول فلم يكن إفرادها إخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلأن الشاة دخلت أولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد إلا عشرة فإنه صحيح في تسعة أعشاره ولو قال على أن لي عشره لم يصح قيل ولقائل أن يقول سلمنا أن إيراد العقد على الأرطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب أنا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوما لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج إلى معرفة مقدار المبيع قال (ويجوز بيع الحنطة في سنبلها) بيع الشيء في غلافه لا يجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء (والأرز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز واللوز والفستق في قشره في قوله الأول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله بجامع

أقول فيه بحث (قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز الخ) أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية (قوله واستثناؤها جائز لكن لا نسلم) أقول فيه بحث فإنه بعد تسليم جواز الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل

ولنا ماروى ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضى المشروعية كما عرف (قوله ولانه حب منتفع به) كأنه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو أى المبيع بشيره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر فى قشرها قال الله تعالى فذروه فى سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز

أيضا لشبهة الربا بالجهالة بقدر ما فى السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه وهما سيان فى كون المبيع مغلفا أجيب بأن الغالب فى السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهى فى سنبلها ولا يقال هذا حب وهو فى القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك فى التمر اليه أشار أبو يوسف رحمه الله قال (ومن باع دارا الخ) الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل فى البيع أغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل فى الداخل فى الشئ داخل فى ذلك الشئ فان قيل عدم الانتفاع بدون شئ لا يستلزم دخوله فى بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بطريق ولا يدخل فى بيع الدار فالجواب أن الداخل فى الداخل فى الشئ داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا أو من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل أن يكون مراد المشترى أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثانى مسلم ولهذا

ولنا ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفى مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لانه لا يدرى قدر ما فى السنابل (ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه

بجامع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول فى الاستدلال نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفى هذا غرر فانه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة فى السنابل والمبيع ما أريد به الا الحب لا السنابل فرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه فى قشره الثانى لكنه تركه للتعامل المتوارث (ولنا ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض) رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعة ويقال زها النخل والثمر يزهو وأزهى يزهى لغة ففى الاشتقاق من الزهو لغتان وأنكر الاصمعى الرباعية يزهى كما نقل الزمخشرى عن الغير انكار يزهو الثلاثية لا يقال أنتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا أنا عاملون وان الاتفاق على انحطاط النهى على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير فى سنبله) بخلاف بيعه بمثله فى سنبل الحنطة لاحتمال الربا أما أنه مال متقوم فظاهر وأما انه معلوم فلانه مشار اليه وبالاشارة كفاية فى التعريف اذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره فى الجملة وليس معرفته على الحصر شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع ما فى هذا القطن من الحب وما فى هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه أيضا فى غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن النوى هنالك معتبر عدما هالكا فى العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا اللوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها اللوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم فى العرف لا يقال هذا عصير وزيت فى محله وكذا الباقى واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج فى ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها) المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء الا اذا كانت موضوعة

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية) أقول فى نظره نظران (قوله والاولى أن يستدل بقوله نهى الخ) أقول فيه بحث فان فى الاستدلال ما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل فى الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثانى مسلم الخ) أقول ولعل مثل هذا الترديد يجرى فى المتنازع فيه فتأمل

اذلا ينتفع به بدونه قال (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع) أما الكيل فلابد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم ألا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزان الثمن على المشترى) لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا) لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين

فى الدار ولهذا لا تدخل الاقفال فى بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها فى العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى فى عرفنا بمصر دراريب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الا به) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها أو يتجر بها ولذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما فى الاجارة أدخلنا الطريق ﴿فرع﴾ يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان فى معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشترى ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشترى الثانى أن يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشترى الاول رضى بهذا فسخا دلالة فيحل للبائع بيعه وحل للمشترى أن يشتريه وانما كتبتها لانها كثيرا ما تقع فى الاسواق (قوله وأجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاده) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن أو الذرع أو العد (على البائع) لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم أن الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك فى المجازفة وأجرة وزان الثمن على المشترى باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه وأما أجرة ناقد الثمن فاختلف الرواة والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البائع وهو المذكور فى المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحينئذ يكون فى يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشترى وبه كان يفتى الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من عليه الدين كما فى الثمن انه على المشترى الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفى الخلاصة الصحيح انه على المشترى وكذا قال القدورى انه على المشترى الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة قال واختار فى الواقعات انه على المشترى وفى باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها فى وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار وفى المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى ولو اشترى حنطة فى سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشترى وهو المختار وقطع العنب المشترى جزافا على المشترى وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر يعنى اذا خلى البائع بينها وبين المشترى الكل من الخلاصة (قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشترى ادفع الثمن أولا لان حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنها لا تتعين بالتعيين) فى البيع فلابد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشترى دفع الثمن والبائع حبس جميع المبيع ولو بقى من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع

دخل الطريق فى الاجارة ولكن ليس الكلام فى ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال وأجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة أو الموزون موازنة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيال والوزان والعداد فهى على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وأما أجرة ناقد الثمن ففى رواية ابن رستم عن محمد هى على البائع وهو المذكور فى المختصر وفى رواية ابن سماعة عنه على المشترى وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشترى هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتى الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشترى لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

تحقيقا للمساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا) لاستوائهما في التعين فلا حاجة الى تقديم أحدهما في الدفع

ولو أخذ بالثمن كفيلا أو رهن المشترى به رهنا أما لو أحال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا أحال المشترى البائع به عند أبي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا أحال البائع به رجلا سقط واذا أحال المشترى البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه أو بأمر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشترى وان كان بفعل المشترى فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشترى وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل أجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع و يضمن له الجاني في المثلى المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم فايجاب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع أن يخلى بينه و بين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك و بين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشترى على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك و بين المبيع فاقبضه و يقول المشترى وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشترى تعال معي أو امش نخطى معه فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه و بينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك و بينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك و بينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيأ لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك وقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي أن تكون بحال يقدر على اغلاقها وما لا يقدر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعيدا عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها و بين المشترى ان كان يقرب منها يصير قابضا أو يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد و يقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وان كان العقار غائبا عنهما عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا اذا اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب واقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا ونحوه في دن وخلى بينه و بين المشترى في دار نفسه وختم المشترى على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه انسان ان كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشترى فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشترى الباب فذهب الفرس ان أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع

قال ومن باع سلعة بيع السلعة مجلا إما أن يكون بثمن أو بسلعة فان كان الاول يقال للمشترى ادفع الثمن أولا لان حق المشترى تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما لاستوائهما في التعيين فلا يحتاج الى تقديم أحدهما بالدفع والله أعلم بالصواب

قال (خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عملا في منع الحكم دون السبب لان من حقه أن لا يدخل في

البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب مستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار أو على اني بالخيار أياما أو على اني بالخيار أبدا وجائز بالاتفاق وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فما دونها ومختلف فيه وهو أن يقول على اني بالخيار شهرا أو شهرين فانه فاسد عند أبي حنيفة وزفر والشافعي جائز عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين أو لهما جميعا أو شرط أحدهما الخيار لغيره وجه قول أبي حنيفة في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لآمومة أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها) والاصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام

راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا

باب خيار الشرط

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما والمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانه لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقلنا بشبهه ولقائل أن يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا أثر له نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا لمخالفة الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نهي عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن الملك هل يثبت أولا (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام) يروى بنصب ثلاثة أيام على الظرف أي في ثلاثة وبرفعها على انه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى قاضيخان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح (قوله والاصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك

باب خيار الشرط

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعا قدمه على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول للازم وغيره قلنا يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل

والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم فيمن له الخيار فليتعد في مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في معنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها

لان معنى الفرق يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة أو كثرت للحاجة والجواب أن حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز أن يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه أجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم أن كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا في الرأس فكان أحوج الى الزيادة فلو زادت كان أولى بها فدل على أن المقدر لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرر أزيد وقد تقدم والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة

(ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقالا (يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين)

المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلا ضعيفا وكان قد أصابته في رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة أيام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء به الى أهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء المهملة ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة أيام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدثت به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو قد أصيب في رأسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضي أن المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو وقل لا خلابة واذا بعت بيعا فأنت بالخيار ولا شك أن كون الواقعة لحبان أرجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ماروى في الموطا والصحيح عن ابن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب ﴿فرع﴾ يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع البات شهرا ورضيا به فسد العقد عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ألحقاه شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على أنه بالخيار على ان له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل أن يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر له الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية (قوله ولا يجوز أكثر منها) أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكما لا يجوز عند أبي حنيفة اذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل جزء الدعوى لانهما جوزاه أكثر من ثلاثة أيام طالت المدة

(قوله والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذ لا معارضة بينهما حتى يحتاج الى الترجيح فان مفهوم العدد ان كان حجة لا يساوي المنطوق حتى يعارضه فليتأمل فان للمنع مجالا ثم أقول ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل فى الثمن ولابى حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

أو قصرت وحديث ابن عمر يفيد جوازا أكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير (لان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل فى الثمن) شرع للحاجة الى التأخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز أى مقدار تراضيا عليه و بقولهما قال أحمد لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها فى ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشترى لا حاجة الى شرط الخيار أصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة وان كان التروى فى أمرها هل تساوى الثمن المذكور أولا أو هى منتفع بها على الكمال أولا وان لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل فى مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور فى فتاوى القاضى اشترى شيأ يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام فى القياس لا يجبر المشترى على شئ وفى الاستحسان يقال للمشترى اما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى فى يد رجل بشراء شئ يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه وأقام المدعى البينة ويخاف فسادها فى مدة التزكية فان القاضى يأمر مدعى الشراء أن ينقد الثمن و يأخذ السمكة ثم القاضى يبيعها من آخر و يأخذ ثمنها و يضع الثمن الاول والثانى على يد عدل فان عدلت البينة يقضى لمدعى الشراء بالثمن الثانى و يدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثانى من مال مدعى الشراء لان بيع القاضى كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه لان البيع لم يثبت و بقى آخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وجه قول أبى حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصا على خلاف القياس فى المدة المذكورة للتروى فيما يدفع الغبن عنه ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه فى هذا المبيع مغبونا أو غير مغبون مما يتم فى ثلاثة أيام بل فى أقل منها فان معرفة كونه مغبونا فى هذه الصفقة أولا ليس من العلوم البالغة فى الخفاء والاشكال ليحتاج فى حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس فى محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل وبهذا يظهر أن قول ابن الجوزى فى التحقيق فى حديث حبان أنه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية فى ضعف المعرفة على ما ذكر فى أمر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان بدماغه مأمومة أفسدت حاله أو أنه منقذ وكان قد أصابته آمة فى رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله و بلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما فى تاريخ الحاوى الاوسط فأى حالة تزيد على هذه من الضعف الا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبى صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك فى منع الزائد مع أنه وجد فى السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبى عياش عن أنس أن رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة أيام الا أنه أعل بأبان مع الاعتراف بأنه كان رجلا صالحا وكذا أخرج الدارقطنى عن نافع

(قوله الا انه اذا أجاز يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها وحينئذ لا يجوز أكثر منها لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار
في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل وزفر
يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين أو اشترى عبدا
بألف ورطل خمر ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة
ولابي حنيفة انه أسقط المفسد قبل تقرره اعلم ان المشايخ رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة فذهب
العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان واليه مال شمس الائمة
السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه أسقط المفسد قبل تقرره أي قبل مضي ثلاثة أيام

(الا انه اذا أجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه
أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم
الرابع فاذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع
وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول

عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحمد بن ميسرة متروك وأما
ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما
القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه
مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده حتى له
أنه لو شرع الاجل أيضا مقيدا بعدة كنا نقول لا يزاد عليها أيضا ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل
عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لان نفس الخيار ما ورد الا للمشتري قلنا
ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله الا
أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل
الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه
أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع
صحيحا أو باع عبدا بألف ورطل خمر ثم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي
هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم
الرابع (قبل تقرره) أي قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما اذا باع
بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض
الفصل قبل مجيئه فاذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف
المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر
دوامهما على الشرط فاذا أسقطه تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان
والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع
ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة
وذكر الكرخي نصا عن أبي حنيفة أن البيع موقوف على اجازة المشتري وأثبت للبائع حق الفسخ قبل

تعليل على الرواية الاولى
وتقريره ان العقد فاسد
في الحال بحكم الظاهر لان
الظاهر دوامهما على الشرط
فاذا أسقط الخيار قبل
دخول اليوم الرابع زال
الموجب للفساد فيعود جائزا
وهذا لان هذا العقد لم يكن
فاسدا لعينه بل لما فيه من
تغيير مقتضى العقد في
اليوم الرابع فاذا زال المغير
عاد جائزا فصار كما اذا باع
بالرقم وهو أن يعلم البائع
على الثوب بعلامة كالكتابة
يعلم بها الدلال أو غيره ثمن
الثوب ولا يعلم المشتري ذلك
فاذا قال بعتك هذا الثوب
برقمه وقبل المشتري من غير
أن يعلم المقدار انعقد البيع
فاسدا فان علم المشتري قدر
الرقم في المجلس وقبله انقلب
جائزا بالاتفاق (قوله ولان
الفساد باعتبار اليوم الرابع)
تعليل على الرواية الثانية
وتقريره ان اشتراط الخيار

 غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد
فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فأمكن

(قوله لكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخ يشير الى ان الاستثناء منقطع والظاهر الاولى
أن يحمل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليتدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة)
من تتمة الدليل فلا يلائم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل) أقول يعني ان ذكر الخلاف
يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف (قوله والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها
في صلب العقد الخ) أقول وكذلك الفساد في البيع بالرقم في صلب العقد لجهالة الثمن فلا بد من الفرق

قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه فأما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الاقالة فى البيع مثل أن يقول بعتك هذا بشرط أن تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا فى معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ واذا كان فى معناه كان ملحقا به ورد بأنا لا نسلم انه فى معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأجيب بأن النظر فى الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهى الحاجة وهى موجودة فيها وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه فى التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم ينقد الثمن انفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه أجيب بأن من له الخيار لا يقدر على الفسخ فى قول أبى حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية وأما اذا زاد على ثلاثة أيام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف وجوزه محمد

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقد فى الثلاث جاز فى قولهم جميعا) والاصل فيه ان هذا فى معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فى الفسخ فيكون ملحقا به

الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ فى البيع الموقوف ولا يخفى أنه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد فى نفس الامر الى أن يدخل الرابع فيثبت الفساد فى نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا أن يكون الفرض أن الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعنى قوله أسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذى ينبنى على الاصل لا أن أصل القاعدة ينبنى على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها لزفر أن الفساد فيها فى صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا فى شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا أسقط الخيار قبل مضى الثلاثة كذلك لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا فى قول أبى حنيفة ويلزمه الثمن (قوله ولو اشترى على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا جاز) والمنتفع بهذا الشرط هنا هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ عتقه ولو أعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف) فان نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم البيع وان لم ينقده فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسألة حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده عتق لا ان كان فى يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر) على قياس قوله فى شرط الخيار (فان دفع الثمن فى الثلاثة جاز فى قولهم جميعا والاصل فيه) أى فى صحة هذا البيع الى ثلاثة أيام فى الثمن (ان هذا فى معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوى) وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروى ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر اليه أن

قال المصنف (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام الخ) أقول قال الامام القاضى ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهى انه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده نفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ وعلى هذا اذا اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشترى يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشترى لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ اهـ ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد الا أن يثبت فى المسئلة روايتان (قوله فان قيل الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لأن شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر (قوله أجيب بأن من له الخيار الى قوله الا بحضرة الآخر الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا ينفسخ بمضى المدة بل يفسد العقد نقل عنه فى النهاية وغيره

شرعيته

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله فى الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله فى تجويز الزيادة فى الملحق به وأبو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به فى جواز الزيادة فى الثانى دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالاصل شرط الخيار و بقوله فى هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام والمراد بالاثر ما روى عن ابن عمر أنه أجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس فى الملحق به وهو شرط الخيار بأثر ابن عمر وعملنا بالقياس فى الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثانى أن يكون معناه أخذ أبو يوسف فى الاصل أى فى ثلاثة أيام بأثر ابن عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما (وفى هذا) أى فى

وقد مر أبو حنيفة على أصله فى الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد فى تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس وفى هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

شرعيته للتروى لدفع ضرر الغبن فى المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن فى الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا أثر له لان المعتبر فى الدلالة الاشتراك فى الجامع الذى يفهمه من فهم اللغة الا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا (وقد مر أبو حنيفة رضى الله عنه على أصله فى الملحق به) وهو أنه لا يزاد على الثلاثة فكذلك فى الملحق وكذلك محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وأبو يوسف فرق فأخذ فى الاصل بالاثر يعنى أثر ابن عمر فى جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ فى هذه المسئلة بالقياس أى فى نفى الزائد على الثلاثة وأما فى الثلاثة فبحديث ابن البرصاء على ما سنذكره فى خيار التعيين هذا ما ذكر عن أبى يوسف هنا وقد روى عنه أنه رجع الى قول محمد رواه الحسن بن أبى مالك عنه وفى شرح المجمع الاصح أنه مع أبى حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيأ وحكموا على قوله بالاضطراب (وفى هذه المسئلة قياس آخر) يقتضى أن لا يجوز هذا البيع أصلا (وهو أنه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن فى الثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا فى حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهى التى لم تعلق بالشرط بأن قال بعتك على أن أقيلك وتقبلها أو قال اشتريت منك على أن تقيلنى لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعى وأحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بيناه (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب) الذى هو البيع (بالمراضاة) لما عرف من قوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب فى حق البائع لانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه فى حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان فى يد المشترى ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال و بالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك

الزائد على الثلاثة أيام (بالقياس) وهو يقتضى عدم الجواز كما مر (قوله وفى هذه المسئلة قياس آخر) تقدم معناه قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) قد تقدم أن خيار الشرط قد يكون لاحد المتعاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشترى بالاتفاق واذا كان للمشترى فالمبيع يخرج عن ملك البائع والثمن لا يخرج عن ملكه فاذا كان لهما لا يخرج شئ من المبيع والثمن عن ملك البائع والمشترى بالاتفاق فاذا خرج المبيع عن ملك البائع والثمن عن ملك المشترى هل يدخل فى ملك المشترى والبائع فيه خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل أما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع فى الصورة الاولى فلما ذكره من قوله (لان تمام هذا السبب) أى العلة (بالمراضاة) لكون الرضا داخلا فى حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا ينفذ عتقه) ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع

(قوله وقوله وفى هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعنى تقدم فى هذا القول بنصف ورقة تخمينا وهو قوله والقياس وهو قول زفر انه لا يجوز لما انه بيع الخ (قوله لكون الرضا داخلا فى حقيقته الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار) أقول فيه بحث فان بيع المكره بيع يترتب عليه أحكامه ولا رضاه (قوله لان البيع به يصير علة اسما) أقول تأمل فى صحة هذا التعليل

(ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع

البائع ولا الثمن عن ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع (فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا) في حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لا انفاذ بلا محل فبقي) في يد المشتري (مقبوضا) لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ما رضي البائع بقبضه الا على جهة العقد فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على (سوم الشراء القيمة) اذا هلك وهو قيمي والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن أما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة و بثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول أحمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت في حق حكمه منعناه أو تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لا اشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة له والفاسد يأخذ حكمه منه (قوله وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله اذ كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل) الذي هو من جهة (من له الخيار) لما ذكرنا أنه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله (الا أن المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدراك لامر متبادر عند قوله بخروج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقالا يملكه) المشتري وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى) ملك (مالك ولا عهد لنا به في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولي أمر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف أحدهم فاشترى ببدله آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا

فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تلحقها الاجازة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك وأما أن المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك بتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح وأما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر وأما أن البدل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك لا ترد

(قوله قيل الى قوله حملا لحال المسلمين على الصلاح) أقول ولانه يعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بأن قوله (حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وأجيب بأن كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول أبي حنيفة بأن شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما يكون عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض (قوله فان هلك في يده) أي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يداه وأما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى .

ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال (فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن

لا ترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان) الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاوضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (والمعاوضة تقتضي المساواة) بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا أبق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدبر به عن ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا الزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة) في رأيه (ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقيض مقصوده (اذ ربما) كان المبيع ممن (يعتق عليه) فيعتق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لأن استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق والاجماع أجيب بأنه انما استحقها لانه صار أحق بها تصرفا لا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو أو ما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معللة بانبرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا وما في الاجناس لو بيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله أن يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع (في يد المشتري) ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجى زواله كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة بأن مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مريضا بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لزم البيع فيه وعن أبي يوسف يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء أجاز البيع وأخذ الارش من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فيهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم مطاوع قولهم أبرمت الامر ابراما اذا أحكمته

بخلاف ماتقدم لان بدخول العيب لايمتنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها لماله من الخيار (وان وطئها له أن يردها) لان الوطء بحكم النكاح (الا اذا كانت بكرا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردها) لان وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريباله في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر

يوجب الثمن لا القيمة (بخلاف ماتقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لايمنع الرد حكما بخيار البائع (فيهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة (لانه لم يملكها لماله من الخيار) والمبيع لايدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد البيع استمرت زوجة عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها (وان وطئها) بعد الشراء (له أن يردها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطء فلم يلزم كون وطئه اجازة (الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف أنه لو نقصها الوطء وهي ثيب يمتنع الرد عنده أيضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطء فان قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين أثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة أجيب بمنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا بما هي أحكام هذا البيع وأحكام هذا البيع ماذكرناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردها) ولو كانت ثيبا لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها اخوات) ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف في ذلك (منها عتق العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبه) قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه (ومنها أن من قال ان ملكت عبدا فهو حر) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فيعتق لانه ملكه أما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه أن يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على أنه بالخيار فحاضت في مدة الخيار أو وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجتزئ بها لوجودها بعد الملك وينبغي أن يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبراء ثم اعند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجمعوا أن العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة أو غيرها ان كان قبل القبض فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى

وأما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لانه فيهلك والمبيع موقوف فيلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها له أن يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له أن يردها لان الوطء ينقصها وهذا يشير الى أن قوله (وان وطئها له أن يردها) معناه اذا لم ينقصها الوطء فأما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه أشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما

بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو أنشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق ويسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب أن ينوب عن الكفارة اذا اشترى الحالف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة أجيب بأنه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة أو بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس أن يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا وأجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة أو غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد عنده قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار أو يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة

بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع من الثمن في المدة

المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على أنه بالخيار في المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بأن تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له وخياره على حاله الا اذا اختارها صارت أم ولد له وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري) بشرط الخيار له (المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لارتفاع القبض بالرد) لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا الملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا الملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا الملك نفسه فتصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالمضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المآل الا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤول الى ملكه بأن يختار المشتري البيع أما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فأودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا مأذونا فأبرأه البائع من الثمن في المدة) يصح ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك

(قوله لانا لو أجريناه على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

بقي على خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منه عن التملك والمأذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والمأذون ليس من أهله فان قلنا انا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل أن يملكه أجيب بأن القياس يأبى صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز فان أجازه بغير حضرة صاحبه جاز

الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه ما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه الثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق (بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فيأخذها بلا ثمن وان شاء ردها فيرد السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يليه) أي يملك ذلك كما له أن يمتنع عن قبول الهبة (وعندهما) لما برئ من الثمن والواقع أن المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا ملكا بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب أن الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره ألا ترى أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم وبوجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصلا على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أما لو كان الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما للعجز عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيأ ومنها احلال المشتري ظبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع فللمشتري أن يرده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان بائعا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار باجماع الفقهاء (وله أن يفسخ فان أجاز بغير حضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث

واذا كان الخيار للبائع وأسلم يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري وأسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رده صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما قال (ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة) هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلاثة أشياء بأن يقول أجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبأن يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كأن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا أعتق المبيع أو باعه أو كانت جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا

عضى

قال المصنف (لان الرد امتناع عن التمليك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

عنى مدة الخيار وبموته وباغمائه وبجنونه فى المدة فان أفاق فيها قال الاسبيجابى الاصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمعنى الثالث أن يجيز البيع كان يقول أجزت البيع ورضيته واسقطت خيارى ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشترى فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع و بالفعل بأن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك فى مدة الخيار بأن يعتق أو يكاتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه و يسلمه أو يرهنه أو يؤجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه فى المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر فى المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل فى غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان و يحل فى غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل فى غير الملك فى الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا أن النظر اليه من حيث هو مس ولو أنكر الشهوة فى هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره فى قول أبى حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختاره ولا ليختار عليه ولابى حنيفة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء فكانت ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هى ملحقة بالوطء فى ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل وأما المباضعة مكرها كان أو مطاوعا اختيار أما عند أبى حنيفة فظاهر وأما عند محمد فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشترى يمتنع الرد فأما المباشرة اذا ابتدأتها والمشترى كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار فى غير المباضعة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان فى نوع آخر وقد اختلف كلامه فى الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال فى موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفى فتاوى قاضيخان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره و يبطل بمرتين وركوبها ليسقيها أو يردها أو يعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة وأطلق فى فتاوى قاضيخان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها أو يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب فى خيار المشترى بطل خياره سواء حدث بفعل البائع أو بغير فعله عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته أثبتناله قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشترى بخلاف ما اذا كان من أجنبى فان لزومه لا من قبله ولهما أن ما ينقص بفعل البائع فى ضمان المشترى فيلزم العقد فى ذلك القدر الذى تلف فى ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فتى رد الباقى كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام فى حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبى واذا عرف هذا عرف أن المشترى يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شئ من الثمن لكنه يخير المشترى ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه و يسقط حصته من الثمن فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشترى ولو نزغ الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند أبى حنيفة رواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حرثا فى الارض فيما اذا اشترى الارض أو حصد الزرع أو قصل

العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعى رحمهما الله لابى يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطرى العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته (ولهما ان الفسخ تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع و) هو (لا يعرى عن المضرة) أما اذا كان الخيار للبائع فالمشترى عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ولا خفاء فى كونه ضررا وأما اذا كان للمشترى فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع وفى ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما فى عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام

وان فسخ لم يجز الا أن يكون الآخر حاضرا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعى والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

منه شيأ فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا ولو طحن فى الرحى فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك فى رحى الماء وليست فى ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشترى الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو الجارية أو مشطها بالمشط والدهن وألبسها فليس برضا (قوله وان فسخ) أى من له الخيار فى المدة (بغير حضرة الآخر) أى بغير علمه (لم يجز) عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول مالك (وانما كنى بالحضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعى) وكذا الخلاف فى خيار الرؤية والفسخ بالقول فى المدة بأن يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف فى جوازه بغير علم الآخر وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختيارى لانه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطء وجميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشترى من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع (له) أى لابى يوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعنى الذى لا خيار له (فلا يتوقف) فسخه (على علمه) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف فى حق الغير) وهو الذى لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أى الغير الذى لا خيار له (عساه يعتمد على تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشترى (فيه) فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع أنه فسخ (فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك) وقد تكون القيمة أكثر من الثمن (ولا يطلب لسلعته مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ فى المدة اعتمادا على تمامه (فيما اذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر) يجىء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل فى حقه ما لم يعلم به كى لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء وببطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يعتمد المشترى منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس أبى يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم فى قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف فى حق الغير بالرفع فان هذا لا أثر له فى نفى الصحة بلا علم انما أثره فى نفى الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد فى ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام حينئذ أن المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا أن ما سواه لا أثر له من كونه تصرفا فى حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذى ذكر انه يلحق المشترى اذا كان الخيار للبائع فى حيز التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما

يكون

(قوله وهو قياس منه لاحد شطرى العقد) أقول فيه تسامح لظهور ان الفسخ ليس أحد شطرى العقد

ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بأن ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بأنه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق بأخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم

المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاما أمر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الايجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار أو هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو لكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه (قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه) يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لا رباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثري بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلامته مشتريا فانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير في الفقه أعني الزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مالكا لمقداره وباهدار أقواله أعني عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى والله أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته (وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه) مشاحة لفظية فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه وبهذا أجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو أيضا لانه يمكن أن يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بأن الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه أمين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم أن الالزام بهذا الفرع على احدى الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصما ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد أن يرد المبيع عليك فان حضرت والا

(قوله لان ذلك الى قوله من الالزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكمية على ما بين لانه اسقاط والاظهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالي النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أو لانه غير زائد على موجب التخيير) أقول وكذلك الفسخ في مسئلتنا فالاولى أن يقال أو لانه مرضي به ولولاه لما أقدم على الايجاب (قوله أو هو مرضي به ولولاه لما أقدم على الايجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتاق لا النكاح

نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين أنه اذا قال الخصم اني أعذرت اليه وأشهدت فتوارى فيقول القاضي اشهدوا انه زعم أنه أعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد أبطلت عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل فمنها ان المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك وأجيب بأن لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بأن اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المرأة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا أثبت الرجعة قبلها أجيب بأن الزوج لا يلزمها حكما جديدا الا ان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما يثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو موجود أو لا ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه وأجيب بأنها اسقاطات لا يلزم بها شيء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها أجيب لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير أثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليهما ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه أو لا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج أمة بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بأن عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رده فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم أصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بأن العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملك أقدره الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه

﴿فروع﴾ اشتريا غلاما على أنهما بالخيار فرضي أحدهما الا رد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري أجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها تصير أمانة عند المشتري وكان للبائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كأنه سلمها الى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له أن يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه . ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم أو عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز وطاب له

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشترى أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعى رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم فى البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب وكخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه فى الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام فى المبيع بشرط الخيار لا فى مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصلى من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار فى المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلى انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته لا من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفى وهما فى ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث أعنى التشفى والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيه ما ذكرتم لان كلا منا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم فى حق العاقد أو فى حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثانى عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا فى الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشترى بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لانه يخلف المشترى فى ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد فى حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين وكمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار ألا ترى ان المورث كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعى يورث عنه لانه حق لازم ثابت فى البيع فيجرى فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار

اذ حاصله زيادة فى الثمن وكذا لو كان الخيار للمشترى فصالحه البائع على أن يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة فى المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشرط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر أو للاجنبى صح ولو وكله بالشراء نوى كيلا صح حافه وعلى ما ذكرنا من التفصيل الا أن العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) بائعا كان أو مشتريا (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع فى ملك ورثته وان كان الخيار للمشترى دخل المبيع فى ملك ورثته وللبائع الثمن فى التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذى لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعى يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو فى كتبهم المشهورة (لانه) أى الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله (فيجرى فيه الارث كخيار العيب والتعيين) فانهما موروثان بالاتفاق (ولنا أن الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصى لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (فيه الانتقال) وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما فى الشروح من أنه بدل من الخبر وتقديره أن الخيار ليس شيأ الا مشيئة مبنى على قول ضعيف فى العربية من أن يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار أن المفرغ له هو المعمول ففى ما قام الا زيد زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب

قال (ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

لان الارث فيه للعين ومن جملته الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل وأما خيار التعيين فجعله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكأنه ذكره الزاما للناوجوابه كذلك أن الموروث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة في الموضعين ضمنا الاقصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث ووجهه قوى على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقته فسلم لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا مالك خلف ملك الميت أو استحقاقه لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا أن يقال ثبوت ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم متفق عليه وأما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق يتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بأن الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والملك يتبعها بقليل تأمل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فآل الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا أن المراد بقولهم انتقل ملكها انما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته أن يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فينبغي أن يورث فانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين مملوكة له فيها خيار أن يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم (قوله ومن اشترى شيأ وشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي ليس هو عاقدا والا فغيره يصدق على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشروط له الذي هو غيره (جاز وأيهما نقض البيع (انتقض) فلفظ من مبتدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره واذا تضمن المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتيني فله درهم (وأصل هذا) أي جواز اشتراطه لغير العاقد (أن جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وبقولنا قال مالك وأحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي الا أن في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه (قول زفر ان الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري) واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان أن الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأى

قال (ومن اشترى وشرط الخيار لغيره) تقريركلامه ومن اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه أعرف بالمبيع أو بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار

(قوله حذفه لدلالة قوله الخ) أقول يجوز أن يكون قوله فأيهما أجاز جاز خبرا بالتأويل المشهور في وقوع الانشاء خبرا وهو تقرير القول قال المصنف (لان الخيار من مواجب العقد) أقول فيه بحث (قوله وواجبا من واجباته) أقول فيه بحث والظاهر أن يحمل الكلام على التشبيه والمبالغة فيه أي كبعض مواجب العقد

وقد

وطريق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ألا ترى ان من قال لعبده حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأجيب عن الاول بأن الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه وأما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في التصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشترى أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه (واذا ثبت الخيار لكل واحد منهما فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض) ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه (ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية) ففي رواية بيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسخا كان أو اجازة (و) في رواية مأذون المبسوط يعتبر (تصرف الفسخ) سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول أن تصرف العاقد أقوى) والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب وأما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق أحدهما لا بعينه وأجيب بأن الترجيح يحتاج

ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره (ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول ان تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه

وقد يكون الانسان علم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بما في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال الباعات فيشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنبيته عن العقد لا تمنع إن سلم أصحه مانعيته لو أجزناه أصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت لهما واستشكل باستلزامه ثبوت ماهو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو يكون تبعا فالملازمة ممنوعة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ماهو المقصود أولا وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات في قوله أعتق عبدك عني بألف انما هو العتق فكان التملك مقصودا لغيره تبعا لقصده ليصح العتق عنه وان كان أصلا بالنسبة الى الوجود فكذا هنا المقصود أولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ماهو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الأجنبي وتثبت كفالته اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء أجيب بأن الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الأجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشترط عليه على ماهو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض) البيع (انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية) كتاب البيوع نقض أو أجاز (والتصرف) الذي هو (الفسخ في أخرى) هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الأجنبي (وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه)

(قوله تصحيحا له بقدر الامكان) أقول وهذا وجه ثبوت اقتضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض بيانه انه جعل الخيار ثابتا للعاقد بن اقتضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير اقتضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت اقتضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت اقتضاء لانه لم يثبت صريحا فتأمل ذلك (قوله فالجواب ان المشترى أصل الخ) أقول فيه بحث لانه لم لا يجوز أن يقال هنا أيضا الاعتبار للقاصد والغير هو مقصود البائع بمطالبته الثمن وجوابه ان الثمن على المشترى بحسب وضع الشرع

اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني ان الفسخ أولى لان الجائز يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع (والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة والاستيفاء في قوة ما يلزم أعلى غيره فيترك له على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك نسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ وأجيب بأن الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكر ثم فسخ لا اجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما أصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان الخيار من جهته تلك العقد عارضته في ذلك (قوله واستخرج ذلك) (١٢٨) يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما (و) انما (استخرج مما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما) وجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أقوى عند أبي يوسف من هذه المسئلة أنه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر أثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبدين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هنالك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح شرحنا فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هنالك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك أن يقال الوكيل من الموكل هنالك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فيترجح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من أبي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ أقوى لما ذكرنا قال (ومن باع عبدين بألف) هذه المسئلة على أربعة أوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما أن لا يحصلا أو يحصلا جميعا أو حصل التفصيل دون التعيين أو العكس من ذلك فان كان الاول بأن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام

وجه الثاني ان الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال (ومن باع عبدين بألف درهم على انه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب

والتصرف الصادر عن اصالة أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلقاها معا فالواقع طلاق أحدهما الا طلاق الموكل عينا ولو كان المرجح الاصيل تعين طلاقه أجيب بأن الوكيل في الطلاق سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجيح بكونه أصيلا أو وكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف و (الفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف أي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه (قوله ومن باع عبدين بألف على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على أربعة أوجه) في ثلاثة البيع فاسد وفي واحد صحيح (أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار) وهي المذكورة في الجامع الصغير ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله (وهو الوجه الاول) المذكور (في الكتاب) والاظهر أنه يريد به البداية لان الهدايه

(قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هنالك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكلمة لما تدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الايجاب

فسد البيع بجهالة المبيع والثمن وجهالة أحدهما مفسدة فبجهالتهما أولى وذلك لأن الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فكان الداخل فى العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فسد مثله وان كان الثانى وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار فى أحدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذى فيه الخيار غير داخل فى الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد فى الآخر وهو شرط مفسد كقبول الحر فى عقد القن اذا جمع بينهما فى البيع أجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا فى العقد وان لم يدخل فى الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر فى البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد فى الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا فى العقد ولا فى الحكم ولقائل أن يقول فى الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل أن يقول بعتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة على انى بالخيار فى أحدهما فالبيع فاسد أيضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد فى الآخر لفسد فى القن اذا جمع بينه وبين المدبر أو أم الولد ولم يفصل الثمن أجيب بأن عدم التفصيل مفسد اذا أدى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد فى حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار فى حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد فى حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهى مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده فى حق الحكم ولهذا لو قضى القاضى بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن فى البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وأم الولد لا ابتداء بالحصة

وفساده بجهالة الثمن والمبيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثانى أن يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فى الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد فى الوجهين إما بجهالة المبيع أو بجهالة الثمن

شرحها (وفسادها بجهالة المبيع والثمن) جميعا وذلك أن الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو فى الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجائز أن يعين كلا بأن يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى هذا لانتفاء المفسد من جهالة أحد الامرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد يتحقق مفسد آخر وهو أنه جعل قبول العقد فى الذى فيه الخيار وهو غير داخل فى الحكم شرطا لانعقاده فى الذى ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد وحيث لا يجوز البيع فى العبد أجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السؤال بقوله (وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه) أى من فيه الخيار (محلا للبيع) فهو (كما لو جمع بين قن ومدبر) وباعهما بألف حيث ينفذ البيع فى القن بحصته وان كان قبول العقد فى المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر فى البيع لمحليته له فى الجملة ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل فى البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفى الجمع بين القن والمدبر فى البيع خلاف سيأتى ان شاء الله تعالى فى آخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذى فيه الخيار كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أنى بالخيار فى أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذى فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعين من فيه الخيار الا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين الذى لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين فى البيع بثمن واحد فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو جاريتين فاذا احداهما أم ولد حيث يصح البيع فى القن بحصته من جملة الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح فى المسئلة المذكورة فى الكتاب بالحصة أجيب بأن

(قوله فكان الداخل فى العقد) أقول أى فى خالص الحكم (قوله وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى فى الجواب ان شرط الخيار لما كان مجوزا شرعا على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الى الآخر فتأمل

قال (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء) ومن قال اشتريت أحد هذين الثوبين على ان لى ان آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة وأما اذا كانت الاثواب أربعة فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع فى الاثنين والثلاثة فساده فى الاربعة لان المبيع أحد الاثواب غير معين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها فى نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر (١٣٠) والشافعى رحمهما الله وجه الاستحسان انه فى معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط

قال (ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد) والقياس أن يفسد البيع فى الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعى وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان فى معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردىء فيها والجهالة لا تفضى الى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا فى الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين

من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكرهنا أن لا يجوز العقد فى تلك المسائل فى القن و يصير ما ذكرهنا رواية فى تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فأثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد فى المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد فى الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه فى البيع لما ذكرنا من محليتهم فى الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما فى فتاوى قاضيخان باع عبدين على أنه بالخيار فيهما وقبضهما المشترى ثم مات أحدهما لا يجوز البيع فى الباقى وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد فى الباقى بالحصة ولو قال البائع فى هذه المسئلة نقضت البيع فى هذا أو فى أحدهما كان لغوا كأنه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا أو شرط الخيار لنفسه فنقض البيع فى نصفه (قوله ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ الخ) المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء وهذا خيار التعيين يعنى أى الثوبين أو الثلاثة شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيما يعينه بعد تعيينه للبيع أما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار فى أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدى وان اشترى أحد أربعة لا يجوز (والقياس أن يفسد البيع فى الكل) فى أحد الاثنين والثلاثة كما يفسد فى الاربعة (وهو) أى القياس (قول زفر والشافعى رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار فى خيار الشرط للحاجة الى رفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان) قد (يحتاج الى رأى غيره) فى اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه أو لتحجبها خصوصا اذا كانت أهله لا ينبغى له أن يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال للشراء حاجتها فيحتاج أن يدفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الأوفق (ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان فى معنى ما ورد به النص) فيجوز (غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها) فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة فى الزائد لأن شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تفضى الى المنازعة) جواب عن تعليل زفر والشافعى

فجاز الحاقا به وبيان ذلك أن شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الاوفق له والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما (يحتاج الى اختيار من يثق به) لخبرته أو اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته (والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع) فكان باعتبار الحاجة (فى معنى ما ورد به الشرع) ولا نسلم ان (الجهالة تفضى الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضى الى المنازعة فأما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانما تتحقق فى الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء

(قوله بعشرة دراهم الى ثلاثة أيام فالبيع جائز استحسانا) أقول فيه انه ينبغى أن يزيد قوله ولى الخيار كما فعله المصنف فان المفهوم من كلامه توقيت خيار التعيين الا انه غيره الى هذا اشارة الى وجوب توقيت خيار التعيين اذا انفرد عن خيار الشرط كما سيجىء بها (قوله فهو مجهول جهالة مفضية الخ) أقول لو كان منع الجهالة لافضائها الى المنازعة فقط لم يحتج جواز البيع فى الاربعة الى مرخص اذ ليس فيه هذه الجهالة فالاولى أن لا يقيد الجهالة به كما فعله المصنف وغيره (قوله أو اختيار من يشتريه لاجله كامرأته و بنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه) أقول ضمير اليه راجع الى من فى قوله من يشتريه

العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم أن محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة فى الجامع الصغير وفى المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام وذكر فى الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة وزيادة على ذلك فى قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا قصدا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط فى الالحاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب عامدا فى رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد فى خيار التعيين مع خيار الشرط لازم فى غير عين من غير توقيت على الايام الثلاثة وأما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين (١٣١) أولا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله وبمدة معلومة أى مدة كانت عندهما كما فى الملحق به فان قيل ينبغى أن لا يجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند أبى يوسف لانه أخذ بالقياس فى قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما أجيب بأن قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فى خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان فى كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد فى خيار الشرط واردا فيه

وهو المذكور فى الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ثم ذكر فى بعض النسخ اشترى ثوبين وفى بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع فى الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بها واذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الارفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه فيرد جانب البائع الى القياس فلهذا نص فى المجرد على أنه لا يجوز فى جانب البائع وذكر الكرخى أنه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ فى أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعنى البيع الذى فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه فى الصورة قيل نعم كما (هو المذكور فى الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيخان الى أكثر المشايخ وقال شمس الائمة فى جامعه هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير) وغيره والمذكور فى الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قصدا وصححه فخر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخى أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضى أن شرط الالحاق بالدلالة أن يكون فى محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد الا فى بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع لان حاصل التعيين فى هذا البيع الذى فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذى فيه الخيار لانه يسقط خياره ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع فى الآخر بشرط

(قوله وان لم يذكر الزيادة) أقول يعنى قوله ولى الخيار الى ثلاثة أيام قال المصنف (وهو المذكور فى الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذكور فى الجامع الصغير هو الخيار المعهود لا خيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول ولك أن تقول مرادالا والين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قرره العلامة الزيلعى فى شرح الكنز فلا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وحجة الآخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط كذا فى الذخيرة والمحيط البرهانى وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فخلله بين فان التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخياران توقيت لهما ولهذا استدل على وجوب التوقيت فى خيار التعيين بعبارة محمد فى الجامع الصغير على ما فصل فى المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعد مضى الايام الثلاثة وهذا هو أثر توقيت خيار التعيين كما اذا لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق فتأمل ثم أقول محصل كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعا له على ما كان قبله اذا لم يعين المشترى أحدهما فظهر أنه ينفك عن خيار الشرط فليتأمل (قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

(ولوهلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة) حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول أو تعيب لا يلزم عليه من ثمنه شئ وهذا لان العيب يمتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعا، وهو فى دعواذلك متهم فكان التعيب

اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وذلك يجب قيمته عند الهلاك أجيب بأنه أقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان أمانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فماتت احداهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك فى العتاق أجيب بأن المرأة اذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا أشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما

ولوهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما

الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شئ وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع فى أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشترى قبل الثلاثة تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ماذكرنا ولهذا الا يتوقف فى حق الوارث كماذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فاذا طلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبى حنيفة كما فى خيار الشرط لانه أصله وعندهما أى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم فى أحدهما ولزم التعيين أن يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوى قوله خيار الشرط موقت بالثلاث فى قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول أبى يوسف حيث قصر المدة على الثلاث فى خيار النقد أخذا بالقياس ولم يقصر فى خيار التعيين عليها أجيب بأن فى خيار النقد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد فى خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس فى صريح التعليق فكان فى معناه وهذا يوجب ان أخذه فى خيار النقد فى الثلاثة بأثر لابن عمر فيه ونفى الزائد بالقياس وأثر ابن عمر نقله الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف فى مسئلة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس (قوله ولوهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب) علله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذى حدث فيه عنده وتقدم أن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شئ لانه تعين انه أمانة أما لو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع (ولو هلكا معا) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما وأثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب فاختلفا فى الهالك أولا فادعى البائع انه أكثرهما ثمنا وقال المشترى الاقل فان القول قول المشترى مع يمينه على ما استقر عليه قول أبى يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول أولا يتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ثم رجع الى ماذكرنا من قول محمد وأيهما برهن قبل فان أقاماها قضى ببينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك أيهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع أيضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فأحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف ثمن كل، فان قيل من أين يتعين المعيب للبيع دون الامانة وأحدهما الا على التعيين مبيع كما أن أحدهما الا على التعيين أمانة وامتناع الرد للعيب المعلل

أن يكون على حذف المضاف والقرينة القريبة (قوله فكان التعيب اختيارا دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتريه الخ) أقول أى ليستديم اشتراءه فان مقصوده استدامة اشتراء أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب فبقى الآخر أمانة (أقول أجيب بأن المرأة اذا أشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق) أقول فيه تأمل فان خروجها عن محلية وقوع الطلاق بالاشراف على الهلاك غير مسلم به

وأما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الايام فله أن يردهما بخيار الشرط فى الايام الثلاثة لانه أمين فى أحدهما فيرده بحكم الامانة وفى الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فاذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان اختار أحدهما الزمه ثمنه لانه عين المبيع فيه ولزمه وكان فى الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشترى فى الايام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقى للوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخى ذكر فى مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد فى المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البيع قياسا على خيار الشرط وذكر فى المجرد أنه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشترى انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى فى جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا فى بيوع الاصل ولا فى الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففى بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفى بعضها ثوبين وهو مجاز وأثبتها فخر الاسلام وقال فى وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعا قال (اشترى ثوبين) وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج اليهما وان كان يخرج من أحدهما قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال (ومن اشترى دارا على انه بالخيار)

به فرع اعتبار أنه هو المبيع وفيه التحكم اذ اعتبار أنه المبيع ليس بأولى من اعتباره الامانة أجيب بأن اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضى عبد الغنى فى مختلفاته وأما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل لم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب بمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شئ على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا ينجز فيه عقد بل تعيين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لاى شئ انعكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقى لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع أجاب على القمى بأنه لا فرق فى الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه فى المسائل كلها غير أنه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقى بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقى للامانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لاى شئ جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقى وهنالك جعل المحل للتصرف الباقى دون الهالك مع أن التصرف فى الكل فى الاحد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو أن العبد هنا لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلا للرد بالوجه الذى قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين الباقى للضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقى لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما

(قوله وأما اذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم فى هذا القول بنصف ورقة تخمينا وهو قوله فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقى خيار التعيين للاختلاط) أقول يعنى لا للشرط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث الخ فقوله ولهذا ايضاح لكون الباقى خيار التعيين الذى شرطه من له الخيار بل خيار ابتدائى كما سبق ولهذا لا يتوقت وهذا ظاهر للمتأمل فلا وجه لما قاله الاتقانى قال المصنف (ومن اشترى دارا الى قوله الى اختياره الملك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بها فليتأمل والظاهر أن المراد بالاخذ القرب منه بطلبه

(فبيعت دار أخرى بجنبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطلب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها قال شمس الائمة أما وجوب

الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة وأما عند أبي حنيفة فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار أخرى فأخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي أحدهما دون الآخر فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده) وكذا اذا اشترياه ورضي أحدهما بالعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رآه أحدهما

فبيعت دار أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده) عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

(فبيعت دار الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به (لانه) أي الشأن (ما ثبت) الشفعة (الا لدفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدامة) الملك فحيث شفع دل على أنه مستقيم للملك (فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب أبي حنيفة خاصة) لانه القائل بأن المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لانهما قالا بأن المشتري بالخيار ملكها فتتجه له الشفعة بها والوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو متزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله واذا اشترى الرجلان عبدا) مثلا (على أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالبيع) بطل خيار الآخر (فليس له ان يرده عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيأ فاطلعا على عيب فرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك أو اشترياه ولم يرياه فعند الرؤية رضي

(قال المصنف فيثبت الملك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء اذ لا مرجع لاثبات الملك في الاوقات التي بعده حتى يتعين له (قوله لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار ويثبت الملك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت الملك من وقت الشراء تنافيا الا أن سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجامع الملك عند أبي حنيفة الخ قال المصنف (فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة الخ) أقول لقائل أن يقول لم يذهب أبو حنيفة أنه اذا رد أحدهما فليس للآخر أن يرضى وما الذي يترجح به جهة الرضا على الرد

(لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم أن اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما ألا ترى ان من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا مهايأة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا أيضا للراد لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير أقطع وأوجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضا منه لعيب التبعيض أجيب بأنه ان سلم فهو رضا به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل

لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك)

أحدهما دون الآخر (لهما أن اثبات الخيار لهما اثباته لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد) فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايأة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب أجيب أنه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسخ وقد يكون عند ابرام فشرطه رضا بكل من الامرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) الى آخره يعني لا يلزم من كونه شرطه لهما أن يكون راضيا بفسخ أحدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه انما أراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خباز وكاتب) أي حرفته ذلك (فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه) ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه غرر صحيحا والاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجود وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكذولا بد أما لو اشترى جارية على أنها حامل

حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال لمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله (قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار) جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا برد أحدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خباز أو كاتب) رجل اشترى عبدا على انه خباز أو كاتب فكان بخلافه بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا

فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا وخبازا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك أما رده

(قوله وفيه نظر لانا لا نسلم ان اثبات الخيار لهما) الخ أقول ولك أن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضي بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكالة فلنتأمل (قوله وليس لاحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ضررا للراد) أقول أي المريد الرد (قوله لان تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول ان أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وان أراد تفرقه بين البائع والراضي فلا نسلم انه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرده الخ) أقول يعني وكذا لا يرد اذا كان الرد موجبا للعيب

فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه أعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق فى العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن أو المثمن كان ملائما للعقد ألا ترى انه لو كان موجودا فى المبيع لدخل فى العقد بلا ذكر (١٣٦) فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل أو على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفى أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب أو لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوى سلمناه لكنه مجهول ليس فى وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا نعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشترى ما رضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أى الذى يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هى حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل

لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق فى العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضى بدونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت فى الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة فى الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا أخذه أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة فى العقد على ما عرف

فاختلاف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحبل فى الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعنى ذكر غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة فى وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز جعلا له قصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبى حنيفة فى شرط الحمل فى البقر والجارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد فى اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا أصل من وجه وهو اللبن قال محمد فى مسئلتنا فان قبضه المشترى ووجده كاتبا أو خبازا على أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه أن يوجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز أعنى الاسم الذى يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بأن يكتب شيأ يسيرا ناقصا فى الوضع أو يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بأكله واذا لم يجده كما ذكر وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن أبى حنيفة لا يرجع بشئ لان ثبوت الخيار للمشترى بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد فى خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما فى ظاهر الرواية وبه قال الشافعى لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما فى العيب ولو اختلف المشترى والبائع بعد مدة فقال المشترى لم أجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسى عندك والمدة تحتمل أنه نسى فى مثلها فالقول للمشترى والاصل فى هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم فى الصفات العارضة أصل والوجود فى الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر فى ثبوت توجه الخصومة لا فى الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشترى ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشترى ولا يرد ولا يعتبر قول العبد فى ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسى عندك والمدة تحتمل ذلك والمشترى ينكر ذلك فالقول قول المشترى ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشترى ثيب فان القاضى يريها النساء فان قلن بكر لزم المشترى بلا يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بما يؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة لتتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشترى من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز أن تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهى بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشترى

بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش فى الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هى جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة فى العقد تدخل من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم والله أعلم وروى

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس فى وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليتأمل

باب خيار الرؤية

قال (ومن اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه) بجميع الثمن (وان شاء رده) وقال الشافعي لا يصح العقد أصلا لان المبيع مجهول

وروى عن أبي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الاصل هي البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة و يثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس أعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا أو هندي فوجده مرويا أو كتان فوجده قطنا أو أبيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران أو دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو أرضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو جارية أو فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه فحل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقة فكان جملا أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو حمارا أو بعير فاذا هو أتان أو ناقة أو جارية على انها رتقاء أو حبلى أو ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة و ينبغي في مسئلة البعير والناقة أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل ولو باع دارا على أن بناءها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله ومن اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده) سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جرابا فيه أثواب هروية أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيأ ومنه أن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا أو ثوبا في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة فله الخيار اذا رأى شيأ من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أو لا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة ابعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كأن يقول بعتك شيأ بعشرة وقول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلا) هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيأ لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرة التي في كمي هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذا العين الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا أي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

باب خيار الرؤية

قال العلامة الكاكي في المبسوط الاشارة اليه والى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه أو الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى أقول في كون الاشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط جواز سيما بالاجماع كلام فتأمل

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بالامعارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو أنه قال قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ماليس عندك والمراد ماليس بمرئي للمشتري لاجماعنا على أن المشتري اذا كان قد رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ماليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يارسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ماليس عندك وقد أجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لم يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ماليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة بعدم الرؤية لاتفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره وانما أفضت اليها لو قلنا بانبرام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بأن اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لاتفضي الى المنازعة وعورض بأن البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ماهو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ماهو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد وأجيب بأن المعارضة ساقطة = اشترى

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لاتفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه برده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

لايجوز وأما فيما سمى جنسه وصفته على مانقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لايجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما وذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعني وكل ما كان كذلك لايجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ماليس عند الانسان وماذاك الا للجهالة قلنا أما النهي عن بيع ماليس عندك فالمراد منه ماليس في الملك اتفاقا لا ماليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره وذلك ليس الا بأن يظهر له ماليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بأن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بأن لاضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فأما اذا أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته ربما فوت بأن يذهب فيساومه فيه آخر رآه فيشتريه منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شئ من الضرر فأنى يتناوله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب أن يحمل الحديث على المبيع البات الذي لاخيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ماليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لاضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو مارواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلا حدثنا اسمعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبي مريم بجهالة عدالته لاينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو رأى ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبني على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا مالم يعلم أن عمله عن الحديث وقد روى الحديث أيضا مرفوعا رواه أبو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة الا أن في طريقه الى أبي حنيفة عمر ابن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولابد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لايكتفى بالرؤية فيها مثل مااذا كان المبيع ممايعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيأ ثم اشتراه فوجده متغيرا الان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا اشتراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه) يعني فيما لو

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضي المشروعية

لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تفريع على مسئلة القدوري يعني كما أن له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشئ لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما أدى الى ابطاله فهو باطل (قوله وحق الفسخ) جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع منبرما فجاز فسخه لوهاء فيه ألا ترى ان كل واحد من العاقدين في عقد

الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ

(وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده) لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت) الى آخره أي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له أن يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعليقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت بأسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار أن له أن يجيز وان يفسخ ثم لم تثبت الاجازة بسبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك وأما الفسخ فثبت له بسبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشترى وما كان غير لازم عليه له أن يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية) فلو تم لزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فتثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو

باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم (قوله ولان الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا والرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم بأوصافه) لان الرضا استحسان الشئ واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا الاستقباح الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور ولان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بداله من انتفاء احتياجه الى المبيع أو ضياع ثمنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف

(قوله وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منبرما لوهاء فيه على ما فصله المجيب غاية ما في الباب أن عدم الانبرام باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتأمل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول هذا أيضا ممنوع لما سيجيء في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر قال المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم بأوصافه غير مفروض فان غير المرئي قد يعلم بالوصف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي بأوصافه

قال (ومن باع مالم يره) من ورث شيأ فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء تجوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع اثباته وباعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) أي من جهة البائع (وثبوتا) أي من جهة المشترى (وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشترى في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة أجيب بأنهما ليسا بسيين فيه لان الرد من جانب المشترى باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو ردلرده باعتبار ان المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشترى والخيارين فلم يجز من البائع وأجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ماذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث

احد

قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه أنه معلق بالشرا على ما روينا فلا يثبت دونه وروى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم

كان المبيع اناء من أحد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطالب المشترى بالثمن مالم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع مالم يره) بأن ورث عينا من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها (فلا خيار له وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب) فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة (وخيار الشرط) فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان أقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان بسبيل من ترك حقه أو أخذه بأخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متأخرا للصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا) يعني في حق البائع (وثبوتا) في حق المشترى (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (الا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية) بخلاف انه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على البتات وهو تعليل بالعدم وحاصله أن ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا بأحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا الظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حق له أن يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشرا على ما روينا فلا يثبت دونه) ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت مالم أره وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم لان قضية يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن

قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قيل خيار الرؤية يوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولهذا ذكر ما يبطل خيار الشرط فى بابه والضابط فى ذلك ان المشترى بالخيار اذا فعل فى المبيع ما يمتحن به مرة ويحل فى غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطلت فائدة الخيار لانه امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة فاتت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به أو يمتحن به لكنه لا يحل فى غير الملك بحال أو يمتحن به ويحل فى غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل فى غير الملك فى الجملة فلو استخدمها مرة ثانية فى ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها وحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء فى غير الملك فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلى مسئلتان احداهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية فى ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان فى فتاوى قاضيخان وأجيب بأن الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل

الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان فى ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلى مطلق بل مقيد بأن يكون تعيبا أو تصرفا يعنى فى المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذى يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فأما الاول فهو الذى لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو الذى يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشترى والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف فى العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو رد المشترى عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذى رويناه والثانى ان هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة

ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار

أحد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا (قوله ثم خيار الرؤية غير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله و) يبطله (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعنى بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره فى التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للتصرف (كالاعتاق) للعبد الذى اشتراه ولم يره (وتدبيره أو تصرفا يوجب حقا للغير) كالبيع ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا (تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد فى الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه

(قوله فأشبه الرد بالعيب) أقول فيه تأمل (قوله والضابط فى ذلك) أقول يعنى أن الضابط يفهم مما ذكر الى قوله ويعلم (قوله ويحل فى غير الملك) فى الجملة أقول يعنى باجازة المالك (قوله قيل يشكل على هذا الكلى الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولك أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكفى فى صحة الكلية فانه لم يقل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لا نسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف فى المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسخ البائع استقلالا (قوله لا يمكن رفعها) أقول مطلقا أو من التصرف مستقلا

وعن الثانى بأن دلالة الرضا لاتربو على صريحه اذا لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال وأما الثانى فهو الذى لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطل الخيار قبل الرؤية لانه لايربو على صريح الرضا أى لايزيد عليه وصريح الرضا لايبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعنى اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع (قال ومن نظر الى وجه الصبرة) اعلم ان المبيع إما أن يكون شيأ واحدا أو أشياء متعددة والثانى إما أن يكون متفاوت الآحاد اولا فذلك أقسام ثلاثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك فى العبد لايجوز أصلا فسخ العقد أولم يفسخ وفى الامة لوفسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر فى عورتها واقعا فى غير الملك لان العقد ارتفع بالفسخ من أصله فصار كأنه لم يكن فكان النظر الواقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطى والنشر فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثانى كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخى فلابد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لاتعرف الباقى لتفاوت فى آحاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددى المتقارب والجوز والبيض على مامال اليه المصنف يكتفى برؤية واحد منهما لان برؤية البعض يعرف الباقى لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الا أن يكون الباقى أردأ منه فاذا على هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقى لانه مكيل يعرض بالنموذج

وان كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لايبطله قبل الرؤية لانه لايربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا (قال ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية أو الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له) والاصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود ولو دخل فى البيع أشياء فان كان لاتتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لابد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج

اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل (وان كان تصرفا لايوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبته بلا تسليم لايبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان باعتبار دلالته على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لايبطل الخيار فدلالته أولى ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله ومايبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانه ما اذا وجدا من المشترى الذى له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له أن يأخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضا لاتعمل فى اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم فى التصرف الذى تعلق فيه حق الغير لوعاد الى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لاخيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا فى رواية عن أبى يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية أن يقبضه اذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به (قوله ومن نظر الى وجه الصبرة أو الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية الخ) والاصل فى هذا أن رؤية جميع أجزاء (المبيع غير مشروط) فى انتفاء ثبوت خيار الرؤية (لتعذره) عادة وشرعا والاجاز أن ينظر الى

(قوله وعن الثانى بأن دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثانى عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا لدلالة الرضا. عورة
أو صريحه بل لضرورة تعذر فسخ من التصرفات على مايدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال الاتقانى تقول سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها وسامها المشترى بمعنى استامها سوما ومنه ولا يسوم الرجل على سوم أخيه أى لايشترى كذا فى المغرب انتهى وقال العلامة الكاكى المساومة طلب البائع والمشترى لبيع سلعة كذا فى الفوائد انتهى (قوله فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما) أقول لايخفى عليك أن الكلام فى الرؤية التى يبطل الخيار معها اذا وقع البيع بعدها والا فلا يسقط الخيار برؤية وجه العبد بعد البيع ولو رآه ألف مرة فلا يستقيم هذا الكلام الذى ذكره الشارح بل الاولى أن يقال فان فى رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وهما الساقى ملكهما وهى حرام فليتأمل فانه يمكن أن يقال المقصود اثبات المدعى بالطريق الاولى وفيه مافيه بل المراد الرؤية بعد البيع وهى تسقط الخيار اذا قبض بعدها

وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان فى طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود فى الآدمى وهو والكفل فى الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله وفى شاة اللحم لابد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفى شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشتريهما ولزم فى صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئى تبعا للمرئى فاذا سقط الخيار فى الأصل سقط فى التبع اذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر الى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقى فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما وسائر أعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء فى الاماء والعبيد تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الاعضاء وفى الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وهو المروى عن أبى يوسف وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن أبى حنيفة فى الدابة اذا رأى عنقها أو ساقها أو فخذها أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حوافرها أو ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفى الوجه اعتبارا بالعبد وفى رواية المعلى عن أبى حنيفة يعتبر فى الدواب عرف التجار (وفى شاة اللحم لابد من الجس) باليد فلا يكتفى بالرؤية ما لم يجسها (لان المقصود اللحم وفى شاة القنية لابد من رؤية الضرع وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادى يعرف ما فى الطى فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلابد من رؤية كلا الوجهين أو يكون فى طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب وهو قول زفر وفى المبسوط الجواب على قول زفر وفى البساط لابد من رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغى أن ينظر الى الصرم فى زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفى الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بأن كانت فيها فرو وأما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا (فان دخل فى البيع أشياء فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته) أى علامة ما لا يتفاوت آحاده (أن يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها) فى سقوط الخيار (الا اذا كان الباقى أردأ مما رأى حينئذ يكون له الخيار) يعنى خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره فى الينابيع وفى الكافى اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التى رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه فى بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقى يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع فى الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد) لكن على الوجه الذى ذكرنا أعنى رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخى) قال المصنف (وكان ينبغى أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة) وبه صرح فى المحيط وفى المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض فى المكيل اذا كان فى وعاء واحد أما اذا كان فى وعاءين أو أكثر اختلفوا فمشايخ العراق على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكفى بل لابد من رؤية كل وعاء والصحيح أنه يبطل برؤية

(والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا أن يكون فى طيه ما كان مقصودا كموضع العلم) واذا نظر الى وجه الآدمى بطل الخيار لانه هو المقصود به فى العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له ألا ترى ان تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوى فى سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه أو الكفل فى الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان فى الدواب هذا هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة فى الدواب فان كان المكيل والموزون والعددى المتقارب فى وعاءين فرآها فى احدهما فان كان ما فى الآخر مثل ما رأى أو فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا تتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما أن تكون للحم أو للقنية أى الدر والنسل ففى الاول لابد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفى الثانى لابد من رؤية الضرع وفى المطعومات لابد من الذوق لانه المعرف للمقصود

(قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود أما اذا كان أردأ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت وأسقطت خياري وفي شراء الرحى لابد من رؤية الكل وكذا السرج بأداته ولبده لابد من رؤية الكل (قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار ورأى أشجار البستان من خارج) لان النظر الى جميع أجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لابد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في الكوفة (فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلابد من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثرة المرافق وقلتها اذ لا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا أن يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار أو رؤية خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيأ وفي الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند أبي حنيفة لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع وأما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف ان كان شيأ يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران والسلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض ذل يثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل ان قلع البائع أو المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيأ له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له أن يرده رضي بالمقلوع أو لم يرض وجد في ناحية من الارض أقل منه أو لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعد ما صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيأ لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيأ يباع عددا ان قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كرؤية كله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وقد حكي فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون

(قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له) رؤية صحن الدار أو خارجها أو رؤية أشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرر وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فاكتفى برؤية ما هو المقصود من الدار فقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن أبي ليلى لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب أي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة أو بغداد في الابنية فانها لا تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك بكون كصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فأما اليوم يريد به ديارهم فلابد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الكل) أقول هذا كلام بعض المشايخ على ما يعلم من معراج الدراية ثم أقول كلام الشارح في هذا المقام يخالف المشروح

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى) قيل صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع أو وكلتك بذلك وصورة الارسال أن يقول كن رسولا عنى أو أرسلتك أو أمرتك بقبضه وقيل لافرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال أمرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه يسقط خيار المشترى فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل أو لم يعلم وقال الفقيه أبو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب بالقبض اليه فاذا نظر الرسول وقبضه لا يسقط خيار المشترى فله أن يرده عند أبى حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء فى عدم سقوط خيار المشترى وله أن يرده ولما كانت رواية الجامع الصغير مطلقة فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه (لهما أنه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار) وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة (فلا يملك) اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيأ ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رائيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فأسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل أبى حنيفة رحمه الله مبنى على مقدمة هى (أن القبض على نوعين تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور) (قوله وهذا) اشارة الى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم) الصفقة (مع بقاء خيار الرؤية) لان تمامها تناهيها فى اللزوم بحيث لا يرتد الا برضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس الوكيل كالموكل فى القبض الناقص لا محالة

قال (ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله أن يرده) قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما أنه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه

والعددى المتقارب لان بعضها يستدل فى العادة على الكل وان اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى أخاف ان قلعته لا يصلح لى ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى يتطوع انسان بالقلع فان تشاحا فسخ القاضى العقد بينهما (قوله ونظر الوكيل) الى المبيع مكشوفا يعنى الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلا عنى بقبضه (كنظر المشترى حتى لا يرده) المشترى بعد قبض الوكيل ورؤيته (الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل) والرسول هو من يقول له المشترى قل لفلان يدفع اليك المبيع أو أنت رسولى اليه فى قبضه أو أرسلتك لقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه من ماصدقات أمرتك وقد قيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الامر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكى هذا القول فيما اذا قال أمرتك بمادة ألف ميم راء (وهذا عند أبى حنيفة وقالا هما) يعنى الرسول والوكيل بالقبض (سواء) فيرد الموكل الذى له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله (فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل) أى قبل الوكالة (بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به) واذا لم يملكه لا يثبت عن فعله (وصار كخيار العيب والشرط) بأن اشترى معيبا لم يرعيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل فى قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط (و) صار أيضا (كالاسقاط قصدا) بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط (وله ان القبض على نوعين) قبض (تام) وهو أن يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما يطل بهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل) بخلاف ما اذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه

(قوله فيما اذا قال أمرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار (قوله وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله اشارة الى كون القبض وهو يراه تاما تأمل

أجاب المصنف رحمه الله بأن الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك اسقاطه وفى هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدى والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا أو ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار فى القبض التام يثبت للوكيل فى ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثانى ممنوع فان من توكل بشئ توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضا أو قضاء ومالم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل أنها كانت تامة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدورى أن من اشترى شيأ على أنه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما أرسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال (وله (وبيع الاعمى وشراؤه جائز) بيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا

مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على هذا الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا فى البيع قال (وبيع الاعمى وشراؤه جائز

فأسقط الخيار لا أن يقبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) الوكيل بعد ذلك (اسقاطه) لانتفاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احداهما ان الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا بثابت فى مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يتأتى على القول بأن مجرد مضى ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق فى المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لانه) يثبت مع (تمام الصفقة) لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين وقوله فى الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعنى وخيار الشرط لا نص فيه فلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدورى وهو رواية الهندوانى لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يجيز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه (ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فاذا فرضنا أن التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء (فانه لا يملك شيأ) من القبض لا التام ولا الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسال فى البيع تقدمت أوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء أن يقول قل لفلان انى اشتريت منك كذا وكذا بكذا وكذا (قوله وبيع الاعمى وشراؤه جائز) باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعى لا يجوز الا فى السلم والشراء عند فى لغة الحجاز و يقصر لاهل نجد

(قوله والثانى ممنوع فان من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا لزم ان لا ينتهى التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدى نفعا (قوله لان الاختيار) أقول بالتتابع بالياء بنقطتين بعد التاء ين والاختيار بالباء المنقطة بنقطة تحتانية بعد التاء من الخير قال المصنف (وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار) أقول فيه بحث فان الخيار معلق بالرؤية ولا يثبت قبلها كما سلف الا أن يراد بالخيار حق الفسخ مجازا والحق أن يجاب بأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود مجازا على ما قالوا فلا اشكال الا أن قوله اذا اشترى يأبى عن هذا نوع إباء فليتأمل

(وله الخيار) وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذا الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه أصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بتعامل الناس العميان من غير نكير وبان من أصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الأمر به لغيره فاذا احتاج الأعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا (انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيأ لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل) وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان

من غير نكير فان ذلك أصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات وأما اذا كان شجرا أو ثمرا على شجر أو عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض أئمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر بسبب العلم أو وصف له أو وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروى عن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لرآه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في حق الآدمي والاصلع واطلاق الرواية يدل على أنه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف

(وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كما في البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه

(وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررناه من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس) كالشاة (وبشمه اذا كان يعرف بالشم) كالطيب (وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق) كالعسل وقوله (كما في البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له) في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم) وممن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له) في الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن أبي يوسف أيضا انه اعتبر الوصف في غير العقار أيضا ولم يعتبر الشم ولا الذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث (وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه)

قال محمد في الجامع الصغير قال أبو يوسف في الاعمى يشتري الشئ لم يره فيقول قد رضيت قال له أن يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيته لم يكن له أن يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا أحسن الأقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق ألا يرى أن قولنا شريك الباري ليس بموجود في الخارج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رآه فان اذا تستعمل في المتحقق فليتأمل فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود على ما صرحوا

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم أبصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل للخيار من النظر الى صفة العجز وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما) قد تقدم ان في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا اذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كي لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضا فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة قبل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز وأجيب بأن موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب أو أعتق أحد العبدين أو دبره والمطرد راجح وبأنه محرم والمحرم راجح على المبيح أو لانه متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرر النسخ وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد أحد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا أحدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النهي عن تفريقهما مطلقا وقد قيده بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه

(١٤٨)

اذا أوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الاضرار بالبائع بجريان العادة فيما بين الناس بضم الردىء الى الجيد ترويجا له بالجيد فاذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضا لان فيما نحن فيه رد أحدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع بصفات

وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر آنفا قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كي لا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل

فيسقط بذلك خياره قال المصنف (وهذا أشبه بقول أبي حنيفة حيث جعل رؤية الوكيل رؤية الموكل) ولو وصف للاعمى ثم أبصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف (قوله ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما) لان رؤية أحدهما ليست رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره) فله رده بحكم الخيار (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فيردهما) ان شاء (كي لا يكون تفريقا للصفقة) على البائع (قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده) كخيار الشرط بدليل ان له أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضا و يكون فسخا من الاصل) لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم

(قوله وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة) أقول تقدم بورقة تخمينا وهو قوله ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها تناهيها في اللزوم قال المصنف (وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض و بعده) أقول قال العلامة الكاكي يعني فيما اذا قبضه مستورا كذا قيل ولا حاجة الى هذا لان خيار الرؤية يبقى الى أن يوجد ما يبطله انتهى وفيه بحث يظهر بملاحظة ما مر في مسئلة نظر الوكيل (قوله فان تفريق الصفقة منهي عنه) أقول تعليل لقوله لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره الحديث يدل على أن له أن يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي) أقول وأنت خبير بأن المفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج الى الترجيح وأيضا المشترى هنا هو المجموع دون كل واحد فرؤية أحدهما دون الآخر كرؤية وجه الدابة دون كفلها أو بالعكس فليتأمل (قوله أو لانه متأخر عن المبيح الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله والجواب أن النهي انما هو عن التفريق الى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق نسخ وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكر في معرض الجواب دفع ما قيل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول أي يظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة فاذا ثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به (وان وجده متغيرا فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري

بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر اذا رد أحدهما بعد القبض أجيب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا أو موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد بأحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الاكبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائما غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما الا بالآخر لجودة أحدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا ببطلان مجرد قوله اذا ألزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع أعلى الضررين فيهما (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيأ ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة) فلم يتناوله قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلمه مرئيه) أي لا يعلم أن المبيع كان قد رآه فيما مضى كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها كان له الخيار (لعدم) ما يوجب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجده متغيرا) عن الحالة التي كان رآه عليها (فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه) فكانت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التغير) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من المبيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل

وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا)

وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار

قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلما) أقول الظاهر أن يقول معلمة (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظهر الفرق بين المعنيين الاوليين لأن المراد برؤية جزء من المعقود عليه هي الرؤية السابقة وبالرؤية السابقة هي رؤية جزء المعقود عليه (قوله وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندي انه البيع البات الخالي عن المفسد الواقع في محل مرئي فليتأمل

بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانه أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيأ منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة

عدمه فلا تقبل الا بينة (بخلاف ما اذا اختلفا في رؤية) فقال البائع رأيته وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي أمرا عارضا وهو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أي الا في صورة ما اذا طالت المدة (على ما قالوا) أي المشايخ (لان الظاهر شاهد للمشتري) اذ الظاهر أنه لا يبقى الشئ في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا ولم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله تعالى أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه أفتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل (قوله ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوبا منه أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيأ منها الا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له الخيار ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد بخيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه) أي في المقبوض (وضع المسئلة) لانها لو لم تكن مقيدة به لم تصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولأنه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء ولا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد بأحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الآخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجمل أو نحوه أي يعادلها وفيها أثواب والزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب الزطية

أي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشئ يتغير بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال أرأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين قال (ومن اشترى عدل زطي) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيأ منها أي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وأنث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهب وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع محمد المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه

(ولو عاد) الثوب الذي باعه (الى المشترى بسبب هو فسخ) بأن رد المشترى الثاني بالعيب بالقضاء أو رجع في الهبة فهو أي المشترى الاول أو الواهب على خياره فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن أبي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري)

فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن أبي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

﴿باب خيار العيب﴾

(واذا اطلع المشترى على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير

الزطية وقيل جبل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنثه في قوله لم يرد شيأ منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية أهلكناها فجاءها بأسنا بياتا أو هم قائلون هذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (الى المشترى بسبب هو فسخ) محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشترى للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فله أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة (كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (انه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لان الساقط لا يعود (كخيار الشرط) الا بسبب جديد وصححه قاضيخان (وعليه اعتمد القدوري) وحقيقة المحيط مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

﴿باب خيار العيب﴾

تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشئ الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا (قوله واذا اطلع المشترى على عيب في المبيع) ولم يكن شرط البراءة من كل عيب (فهو بالخيار ان شاء أخذ) ذلك المبيع (بجميع الثمن وان شاء رده) هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار (لان مطلق العقد) وهو ما لم يشرط فيه عيب (يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير) بيان الاول من المنقول والمعنى أما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بيع المسلم من المسلم عبد الاداء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد ابن وهب أبو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه

أخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشئ الى سببه اذا اطلع المشترى على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة أي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد ابن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد ابن هوذة عبد الاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روي عن أبي يوسف أنه قال الداء المرض والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص

على أن البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع

﴿باب خيار العيب﴾

العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة (قوله ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته) أقول ضمير فواته راجع الى وصف (قوله لان الرضا داخل في حقيقة البيع) أقول أي البيع اللازم

كي لا يتضرر بلزوم مالا يرضى به وليس له أن يمسكه و يأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد

وسلم قال قلت بلى فأخرج لي كتابا هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففي هذا أن المشتري العداء وفي الاول أنه النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغرب أن المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففي قوله عليه الصلاة والسلام بيع المسلم المسلم دليل على أن بيع المسلم المسلم ما كان سليما و يدل عليه قضاؤه عليه الصلاة والسلام بالرد فيه على ما في سنن أبي داود بسنده الى عائشة أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل أن يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب وتفسيره للداء يوافق تفسير أبي يوسف له وأما أبو حنيفة ففسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر أبو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تغول المال أي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون وأما المعنى فلأن السلامة لما كانت هي الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولأن العادة أن القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده (كي لا يتضرر بالزام مالم يرض به) (قوله وليس له أن يمسكه و يأخذ النقصان) أي نقصان العيب و به قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فأنزل عالما به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه أنزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فأنزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في أخذه أو رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبل قوله (ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد) فليس له أن يأخذ في مقابلة فواته شيأ وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا المعرض غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان و يتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف

وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم مالا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب أن المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد (وليس له أن يمسكه و يأخذ النقصان) لان الفائت وصف اذ العيب اما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة واما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن إما أن يقابل بالوصف والاصل أو بالاول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل الى الأول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث (قوله في مجرد العقد) احترازا عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم

(قوله ينتفي الرضا) أقول أي ظاهرا (قوله اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما) أقول هذا غير مسلم وانما يكون كذلك لو اقتضاه اقتضاء تاما لا يجوز أن يتخلف عنه ومن أين يثبت ذلك (قوله وفي ذلك كله فوات وصف) أقول وكون فوات الجزء فوات الوصف يعلم مما أسلفه الشارح في أوائل كتاب البيع (قوله لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الثمن الأصل) أقول أنت خبير بأن المزاحمة في الأول وفي الثاني ترجيح التبع على الأصل فليتأمل (قوله كما تقدم) أقول في أوائل كتاب البيع

(قوله ولانه لم يرض بزواله) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أى قيمته أو أرشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى وفى امساكه وأخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشترى وان كان يتضرر بالعيب أيضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة فى أخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما وأجيب بأن المبيع كان فى يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه وأما المشترى فانه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك أى رؤية العيب عند احدى الحالين رضا بالعيب دلالة قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن) العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وذكر المصنف رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية) ونقصان المالية (بانتقاص القيمة) فالنقص بانتقاص القيمة (والمرجع فى معرفته عرف أهله) قال (والاباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) الذى يعقل اذا أبق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية أو بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو أبقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس بإباق وان أبقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات أحدهما فليس بعيب واذا بال فى الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من مولاه أو من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده فى سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا فى المأكولات للاكل فان سرقها من مولاها ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشترى فى حال صغره فهو عيب يرده به واذا وجدت عندهما فى حال كبره فكذلك وأما اذا اختلف فكان عند البائع فى صغره وعند المشترى فى كبره فلا يرده به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال فى الكتاب

ولانه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشترى ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى معرفته عرف أهله (والاباق والبول فى الفراش والسرقة فى الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) ومعناه اذا ظهرت عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فله أن يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول فى الفراش فى الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء فى باطنه والاباق فى الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذى لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا

الثمن لأنه صار مقصودا بالتناول أو حكما بان امتنع الرد لحق البائع كأن تعيب عند المشترى بعيب آخر أو لحق الشرع بأن جنى جناية ولذا قلنا إن من اشترى بقرة فحلبها أو شرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التى أتلفها جزء مبيع لا انها تبع محض ﴿فرع﴾ لو صالح المشترى البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعى فى وجه وفى وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه فى خيار الشرط والرؤية (قوله وكل ما أوجب نقصان الثمن) الذى اشترى به (فى عادة التجار فهو عيب) وهذا ضابط العيب الذى يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع فى كونه عيبا أولا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين أولا ينقصها ولا ينقص منافعها بل مجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوى على العمل وكما فى جارية تركية لا تعرف لسان الترك (قوله والاباق والبول فى الفراش والسرقة عيب فى الصغير) وقوله (ما لم يبلغ) بمعنى مدة عدم بلوغه يجرى مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا فى الصغير فظهرت عند البائع ثم وجدت أيضا عند المشترى فى الصغر له أن يرده به ثم قال القدورى (فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ) وقد أعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال (ومعناه) أى معنى قوله فاذا بلغ الى آخره وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشياء عند البائع فى صغره ووجدت عند المشترى بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذى كان عند البائع وبينه (بأن سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول فى الفراش) للصغير (لضعف المثانة وبعد الكبر الداء فى الباطن والاباق فى الصغير لحب اللعب والسرقة) فى الصغير (لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث فى الباطن) فاذا اختلف سببهما بعد البلوغ وقبله كان الموجود منهما بعده غير الموجود منهما قبله واذا

قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) ومعناه اذا جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فيه أو فى الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب فى الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة فى يد المشترى

كان غيره فلا يرده لانه عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشترى فى الصغر أو ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له أن يرده بها واذا عرف الحكم وجب أن يقرر اللفظ المذكور فى المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذى كان قبله عند البائع بعيب اذا وجد بعده عند المشترى حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشترى بعد ما وجد بعده عند البائع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا ابتدأ غيره فعرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل البلوغ أيضا والا فلا معاودة وقوله ليس بعيب أى لا يرده وقوله والمراد من الصغير الى آخره تقييد للصغير الذى ذكر انه اذا وجد منه شئ من هذه الامور عند البائع والمشترى رد بأن يكون صغيرا يعقل وأما الصغير الذى لا يعقل فهو واذاقة دضال لا آبق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال فى الايضاح السرقة والبول فى الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب مادام صغيرا وكذا روى أبو يوسف فى الامالى عن أبى حنيفة وفى بعض المواضع ويستنجى وحده واذا قدر بها حذو ما قدر به فى الحضانة اقتضى أن يكون ابن سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد به لانهم قدروا الذى يأكل وحده الى آخره بذلك لكن وقع التصريح فى غير موضع بتقديره بدون خمس سنين وفى الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة عجيبة هى أن من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول فى الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر عند المشترى كان له أن يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وكان والدى يقول ينبغى أن يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له أن يردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم أبانها الزوج كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغى أن يسترد انتهى وفى فتاوى قاضيخان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا اذا كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك وفيها أيضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البائع قال الامام أبو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن أصحابنا انه ان حم فى الوقت الذى كان يحم فيه عند البائع كان له أن يرده وفى غيره فلا فقيل له فلو اشترى أرضا فنزت عند المشترى وقد كانت تنز عند البائع قال له أن يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا أن يجئ بماء غالب أو كان المشترى رفع شيأ من ترابها فيكون النز غير ذلك أو يشتبه فلا يدرى انه عينه أو غيره قال القاضى الامام يشكل بما فى الزيادات اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له أن يرد وجعل الثانى غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم ذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشترى الرد وجعل الثانى عين الاول الذى رضى به اذا كان الثانى عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشترى وقال لا يرد ثم قال القاضى الامام كنت أشاور شمس الائمة الحلوانى وهو يشاورنى فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فشاورته فى هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا (قوله والجنون عيب أبدا) هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فى الصغر أو فى الكبر يرده لانه عين الاول لان السبب للجنون فى حال الصغر والكبر متحد (وهو فساد الباطن) أى باطن الدماغ فهذا معنى لفظ أبدا المذكور فى لفظ محمد (وليس معناه انه لا يشترط المعاودة) للجنون (فى يد المشترى) كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فأثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون

قال (والجنون فى الصغر عيب أبدا) معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة فى عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب فى الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن فى يد البائع فى صغره يوما أو ساعة ثم عاوده عند المشترى فى كبره يرده به وليس معناه ان المعاودة فى يد المشترى بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلوانى وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على أن آثاره لا ترتفع وذلك تبين فى حماليق عينيه

لأن الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد (قال والبخر والدفر عيب فى الجارية) لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد وهما يخلان به وليس بعيب فى الغلام لأن المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا أن يكون من داء لان الداء عيب (والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام) لانه يخل بالمقصود فى الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود فى الغلام وهو الاستخدام

عند البائع وان لم يجن عند المشترى فهذا غلط (لان الله تعالى قادر على ازالته) أى ازالة سببه (وان كان قلما يزول) وقد حققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداواة فان لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب (فلا بد من معاودة الجنون بالرد) وهذا هو الصحيح وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابى قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبدا بأسطر وان طعن المشترى باباق أو جنون ولا يعلم القاضى ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشترى أو جن صرح باشتراط المعاودة فى الجنون وهذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذى حصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية كتاب البيوع لا ترد وفى المحيط تكلموا فى مقدار الجنون قيل هو عيب وان كان ساعة وقيل ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت أقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس أو فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب فى السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى أو من غيره الا فى المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليست عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه وإباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا فى انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو أبق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر إباق وكذا على العكس ولو أبق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو أبق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه أو لا يقدر فلا (قوله والدفر الخ) هذه أربعة أشياء عيب فى الجارية وليست عيبا فى الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا فى الغلام أيضا لان الداء عيب وفى فتاوى قاضيخان قال الا أن يكون فاحشا لا يكون مثله فى عامة الناس فيكون عيبا وعن أبى حنيفة الدفر ليس عيبا فى الجارية أيضا الا أن يفحش فيكون عيبا فيها دونه وقيل اذا كان العبد أمرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه أمرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل أدفر وامرأة دفراء ومنه للسب يقال يا دفار معدول عن دافرة ويقال شممت دفر الشئ ودفره بسكون الفاء وفتحها كل ذلك والدال مهملة وأما باعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر ذكره فى الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره وأقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمى بعض الناس أبجر وفى الصحابة غالب بن أبجر أو قلبه وسمى به فرس لعنترة وكذا الادر وهو عظم الخصيتين والاذن عيب وهو من يسيل الماء من منخريه والبخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا أنه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا

وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير قال (والدفر والبخر عيب فى الجارية) الدفر رائحة مؤذية تجئ من الابط والذفر بالذال المعجمة شدة الرائحة طيبة كانت أو كريهة ومنه مسك أذفر وابط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب فى الجارية وهكذا فى الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب فى الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب فى الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا أن يكون فاحشا لا يكون فى الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثانى بطلب الولد فان الولد يعير بزنا أمه وليسا بمخلين فى المقصود من الغلام وهو الاستخدام

(قوله ومنه مسك أذفر وابط دفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (والزنا وولد الزنا) أقول وكون المبيع ولد الزنا بحذف المضاف والمضاف اليه (قوله والثانى بطلب الولد) أقول خص الثانى باخلال طلب الولد مع أن الاول مخل به أيضا لاختصاص الثانى به (قوله فان الولد يعير بزنا أمه) أقول وتأبى النفس من الاستيلاد ممن يعير بسراية ذلك الى ولده

الاأن تتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) الكفر عيب فى الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدى الى قلة الرغبة وهى تؤثر فى نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتى اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة فى الرد فان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لانه زوال العيب وزوال الشئ لايكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لامحالة وقال الشافعى يرد به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى (١٥٦) بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به فى المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لاتحيض بأن ارتفع عنها فى أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبى حنيفة وادعى المشترى بعد ثلاثة أشهر من وقت الشراء فيما روى عن أبى يوسف أو أربعة أشهر وعشر فيما روى عن محمد أو سنتين فيما روى عن أبى حنيفة وزفر رحمهما الله انها لم تحض لحبل بها أولداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع فى الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة فى حق سماع الخصومة وفى الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال أبو المعين يكفى قول عدل واحد منهم وقيدنا بأن تكون الدعوة بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى فى مدة قصيرة لايلزم القاضى الاصغاء الى ذلك وبأن تكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض أو على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لايعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة فى التى خلقت على السلامة الحيض فى

وهكذا

الاأن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال (والكفر عيب فيهما) لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعى يرده لأن الكافر يستعمل فيما لايستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب (قال فلو كانت الجارية بالغة لاتحيض أو هى مستحاضة فهو عيب) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء

غير الولد بأمه وقوله (الاأن يكون الزنا له عادة) استثناء من قوله دون الغلام وقوله (على ما قالوا) يعنى المشايخ (لان اتباعهن يخل بالخدمة) اذ كلما وجد حاجة اتبع هواه وقال قاضيخان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال ويزداد بالحدود ضعفا فى نفسه انتهى بل وفى عرضه وربما تأذى به عرض سيده ومن العيوب عدم الختان فى الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافه فيهما فى الصغيرين وفى الجليب من دار الحرب لايكون عيبا مطلقا وفى فتاوى قاضيخان وهذا عندهم يعنى عدم الختان فى الجارية المولدة أما عندنا عدم الخفض فى الجوارى لايكون عيبا (قوله والكفر عيب فيهما) أى فى الغلام والجارية (لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر) للعداوة الدينية وفى الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة فى الامور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته والوجه هو الاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لايرده لانه زائل العيب والنكاح والدين عيب فى كل من الجارية والغلام وعند الشافعى تفصيل حسن فى الدين وهو انه أن كان دينا يتأخر الى ما بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بأن اشترى شيأ بغير اذن المولى وان كان فى رقبته بأن جنى فى يد البائع ولم يفده حتى باعه فله رده الاأن يقال وبعد العتق قد يضره فى نقصان ولائه وميراثه (قوله واذا كانت الجارية بالغة لاتحيض أو هى مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض) فى أوانه (واستمراره علامة الداء) فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع فى أوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ فحقيقة التعيب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا أراد أن يرد بعيب الانقطاع فلا يدعى الانقطاع بل ينبغى أن يدعى بأحد السببين من الحبل أو الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لايعد عيبا والمرجع فى الحبل الى قول النساء وفى الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الاأن يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذى لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل فى توجه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا فى الحبل وفى الكافى نص على الاكتفاء فى المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة

(قوله ولأنه يمنع صرفه عن كفارة القتل) أقول الأولى ان يقال يمنع عن صرفه فى كفارة القتل (قوله ولاعبرة به فى المعاملات) أقول أى عند التجار (قوله وبأن تكون دعواه مشتملة) أقول معطوف على قوله بان تكون الدعوى بعد المدة (قوله لأن الارتفاع بدون هذين الأمرين لايعد عيبا) أقول فيه بحث الا يرى ان التعليل الذى ذكره بقوله لان ارتفاع الدم علامة الداء لان العادة الخ (قوله وكذا اذا بلغت المدة المذكورة) أقول التقييد بالبلوغ الى المدة المذكورة فى الاستمرار ضائع بل مخل فان الاستمرار قبله عيب أيضا

(ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح)

وهكذا نص عليه الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير وهو أوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي صفته اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان أو واحد مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضيخان ان أخبر بذلك واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان أنكر ولا بينة له استحلف كما سنذكر (ويعتبر في الارتفاع) الموجب للعيب (أقصى غاية البلوغ وهو) أن يكون سنها (سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك) أي الارتفاع والاستمرار (بقول الامة) لانه لا طريق له الا ذلك (فاذا انضم الى قولها نكول البائع) اذا استحلف (قبل القبض أو بعده في الصحيح ردت) واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك أن المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن أبي يوسف مقدرة بثلاثة أشهر وعن محمد بأربعة أشهر وعشر وعن أبي حنيفة وزفر بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا أخذ بما أدى اليه اجتهاده والا أخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع أهي كما ذكر المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال وان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف بريء وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيبا وان أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند أبي حنيفة لا وعندهما يستحلف وهذا ينبو عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكر هذا ما ذكر عن فتاوى قاضيخان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة وهو قول زفر سنتان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطء ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر هناك بسنتين لانه أكثر مدة الحمل فاذا مضتا ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لانها اعتبرت عدة المتوفى عنها زوجها ولان فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة أشهر لانها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين أو غيرها من المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر وبما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل أو داء في الدعوى فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الى الداء لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض فقيه النفس قاضيخان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل اذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى

أوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت أقصى العدد وهو سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في بطنها والداء عيب ويعرف ذلك أي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان أنكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز أن يفسخ بشهادتهن

قال المصنف (وهو الصحيح) أقول قال ابن الهمام احترز بقوله هو الصحيح عما روى عن أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء انتهى وله كلام متعلق به بعد صحيفة

العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن
داء فهو عيب وطريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه
والافقلما يظهر للطبيب داء بمتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلاثة صحيحة لا يظهر بها
داء وهذا هو ظاهر الهداية الا ترى الى قوله و يعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتابي وغيره انما
يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل
في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حينئذ توجه اليمين على البائع بل لا يرجع الا الى قول
الاطباء أو النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم انه
يحتاج في توجه الخصومة الى قول الاطباء أو النساء ليس تقريرا ما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون
يغلب على الظن خطؤهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي
يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكر في الحال فان القاضي يريها النساء فان قلن هي بكر
لزم المشتري من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الاصل البكارة وان قلن هي ثيب لا يثبت
حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان كان قبله
حلف أنها بكر غير موافق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضى
بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الى
استعلام الانقطاع الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الى قولها واذا عرف هذا فقول
المصنف هو الصحيح ان كان احترازا عن قول أبي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما
ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك انما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن
وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك الا من النساء وقول النساء هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر
وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في
الهداية وقاضيخان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فان اعترف
البائع بهما ردت عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استحبرت الجارية فان ذكرت
انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده فان نكل ردت عليه وهذا قول المصنف ترد اذا
انضم اليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستحبرت فأنكرت الانقطاع
والغرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح في النهاية بما قدمناه من أنه اذا أنكر الانقطاع
في الحال لا يستحلف عند أبي حنيفة و يستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم
انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا
وهو بار ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض وكأن المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة
الخصومة وأما على ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن أن يجري فيه أيضا وهذا تعداد
للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر
اذا فشت بحيث يضرب الى البياض وكذا الشمط في غير أوانه دليل الداء وفي أوانه دليل الكبر والعشا
أن لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا أو غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو أن يعمل بيساره ولا
يستطيع العمل بيمينه بخلاف أعسر يسر وهو أن يعمل بهما فانه زيادة حسن والقشم وهو يبوسة
الجلد وتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في الاماق وربما يسيل منه شئ فيصير صاحبه كصاحب
الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر هو بياض
يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا

* تراهن يوم الروع كالحدا القبل * والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فأما

(قال واذا احدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع) لأن في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولابد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر

القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو أن يعزل ذنبه الى أحد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من ابهامى الرجل الى أخرى وقال محمد بن الاعرابي الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناسل شعر الرأس والصدف وهو التواء في أصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخنث قيل اذا تخنث أو كان يأتي بافعال رديئة والحمق وكونه مغنية وشرب الغلام وترك الصلاة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك أنه لا فرق اذا أفرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت دميمة أو سوداء والعثار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا أكل العذار والجموح والامتناع من اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير وسيلان اللعاب على وجه بيل المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة ترد به بخلاف ما اذا كان معتادا ليس له أن يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا أو مكعبا لابس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على أن فيه كذا من السمن أو قميصا على أن فيه عشرة أذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له (قوله واذا احدث عند المشتري عيب) بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب وليس له أن يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به معيبا تضرر (ولابد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه) الحادث عند المشتري فله ذلك (لانه رضي بالضرر) وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط حقه اللهم الا أن يمتنع أخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو أراد البائع ان يأخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغي أن يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان ويرد المبيع لأن البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته أجيب بأن المعصية الصادرة عنه لا تمنع عصمة ماله كالغاصب اذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة أو الصبغ بالحمرة لأن الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل فقد تقدم أن الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها أجيب بأنها اعتبرت أصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت أصولا بالقصد من اتلافهما وكل ما رجع بالنقصان فمعناه أن يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري أما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو اعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع ﴿فرع﴾ لا يرجع بالنقصان اذا أبق العبد ما دام حيا عند أبي حنيفة وبه قال الشافعي

(قال واذا احدث عند المشتري عيب) اذا احدث عند المشتري عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به عليه (ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع) بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع (ولا بد من دفع الضرر عنه) أي عن البائع ويجوز أن يعود الى المشتري لانه أيضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم فان قيل أين قولكم الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن أجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر

قال المصنف (ولابد من دفع الضرر عنه) أقول أي عن البائع ويجوز أن يعود الى المشتري والثاني أولى عندي فان ما يتعلق بحال البائع تم عند قوله فامتنع كما لا يخفى

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه) ومن اشترى ثوبا فقطعه (فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع) الذى هو عيب حادث لايقال البائع يتضرر برده معيبا والمشترى بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشترى فى دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لاتمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان فى شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفى الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا الفعل باشره وفى عدم الرد وان كان اضرار بالمشترى لكن لعجزه عما باشره فكانا سواء فاعتبرنا ما هو أنظر لهما الا اذا قال البائع أنا أقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضى به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبى حنيفة رحمه الله أجيب بأن النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا ينقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشترى يعنى بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ لانه جاز أن يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع فان المشترى يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع وأخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما أن يرد على الاصل بدون الزيادة أو عليه معها ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الاول فلانها لا تنفك عنه وأما الثانى فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة فى حق الشرع لكونه ربا فليس للبائع أن يقول أنا آخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد فى الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة لما تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم أن الزيادة اما متصلة أو منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع أو غير متولدة فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لا تمنع الرد فى ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن طريق ذلك أن يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشترى مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما أن الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كانت منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز أن تسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشترى الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ بالحمرة أو السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشترى بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل فى ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فان أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما

قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث (فان قال البائع أنا اقبله كذلك كان له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به (فان باعه المشترى لم يرجع بشئ) لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان (فان قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ فى الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا (وليس للبائع أن يأخذه) لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه (فان باعه المشترى بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان) لان الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع

لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الاياس من الاصل وعند أبى يوسف يرجع لتحقق العجز فى الحال والرد موهوم (قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه) يعنى ولم يخطه (ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع أنا أقبله كذلك) أى مقطوعا (كان له ذلك لان الامتناع) أى امتناع رده (لحقه وقد رضى به) أى برده معيبا فزال المانع (فان باعه المشترى) أى بعد القطع بعد علمه بالعيب أو قبله (لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع) بالقطع (برضا البائع) فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا (صار حابسا للمبيع) بالبيع (فان) كان المشترى (قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو كان) المبيع (سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة) المتصلة وانما امتنع (لانه لا وجه للفسخ فى الاصل) أعنى الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها (لان الزيادة ليست مبيعة) والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع ما كان من البيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو رده على الزيادة لزم الربا فان الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز (فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه) وان رضى المشترى بترك الزيادة (لان الامتناع) لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ (فلو باعه المشترى رجع بالنقصان لان الرد)

وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل فى الاول قبل الخياطة وفى الثانى بعدها بالتسليم اليه (قال ومن اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه)

لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابساله عن البائع (وعن هذا) الاصل وهوان الرد اذا كان ممكنا فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس (قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان) لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهونائبه فى التسلم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان (ولو كان الولد كبيرا) والباقى بحاله (رجع) بالنقصان لانه لم يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التى هى الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين أن يخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبة أولا فى جواز الرجوع بالنقصان وهومعنى مافى الفوائد الظهيرية من أن الاصل فى جنس هذه المسائل أن كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشترى ويمكنه الرد برضا البائع فأخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضى البائع فأخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا أصل آخر فى الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهى تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعى وأحمد ولو قال البائع انا أقبله كذلك ورضى المشترى لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المتصلة غير المتولدة مالو كان حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لانه ليس بحابس للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفى كون الطحن والشى من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الاصل كالسمن والجمال والانجلاء بياض العين لا تمنع الرد بالعيب فى ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر فى بيع الشجر والارش والعقر وهى تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشترى بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضى بهما بجميع الثمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن ان رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهى لا تمنع بحال بل يفسخ العقد فى الاصل دون الزيادة و يسلم له الكسب الذى هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعى رحمهما الله وفيه الحديث الذى ذكرناه أول الباب الذى فيه قول البائع انه استغل غلامى فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعى وأحمد حكم المنفصلة المتولدة فى حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشترى ونحن نفرق بين الكسب الذى تولد من المنافع وهى غير الاعيان ولذا كانت منافع الحر مالا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد كأنها لم تكن وبه قال الشافعى قبل الحكم بالارش وانما قيد المصنف بقوله أحمر لتكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع فى يد المشترى يمنع الرد بأى سبب كان بالاتفاق (قوله ومن اشترى عبدا فأعتقه) المشترى (أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان

الرد وان رضى به البائع فان أخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا) أى عما قلنا إن المشترى متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان) لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباساله كان واهباله وقابضا لاجله فتتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشترى الرجوع بالنقصان وللبائع أن يقول أنا أقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهوتمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة فى هذه المسئلة ليس بمحتاج اليه الا انه ذكرها مقابلة الصورة الثانية (ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب) لان القطع عيب حادث فللمشترى الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت (قال ومن اشترى عبدا فأعتقه) اشترى عبدا فأعتقه (أو مات عنده ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان

أما الموت فـلأن الملك ينتهى به) أى يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشترى بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله (والامتناع حكمى لا بفعله) يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب أحمر فانه امتنع الرد بفعله و يوجب الرجوع بالعيب أجيب بأن امتناع الرد هنالك بسبب وجود الزيادة فى المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكمى لا بفعله الذى لا يوجب الزيادة والحق أن يقال فى الجواب عدم الرد فى الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة فى المبيع لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكأنه فى يده يحبسه و يريد الرجوع فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهى بانتهائه فكان الاعتاق إنهاء كالموت (قوله وهـذا) أى جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا ألا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك (والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق) لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمى مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه (وان أعتقه على مال) أو كاتبه (لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبى حنيفة انه يرجع لان الاعتاق إنهاء الملك وان كان بعوض (أو لان المال فيه ليس بأمر أصلى بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به وان قتل المشترى العبد

أما الموت فـلان الملك ينتهى به والامتناع حكمى لا بفعله وأما الاعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لأن الشئ يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمى (وان أعتقه على مال لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض (فان قتل المشترى العبد

أما الموت فلأن الملك ينتهى به) والشئ بانتهائه يتقرر فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذ امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشترى أما اذا ثبت حكما لشئ فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا صبغ الثوب أحمر واخواته فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله وأجيب بأن امتناع الرد فى ذلك انما هو بسبب الزيادة التى حصلت فى المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغى للمصنف ان يزيد فيقول لا بفعله الذى لا يوجب زيادة (وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفى الاستحسان يرجع) وهو قول الشافعى وأحمد (لان العتق انهاء للملك لان الآدمى ما خلق فى الاصل للملك وانما يثبت الملك فيه) عن سببه (موقتا الى الاعتاق) فيثبت (انه انهاء فصار كالموت وهذا) وهو الرجوع بالموت وما فى معناه بسبب انه انهاء (لان الشئ بانتهائه يتقرر) الى آخر ما قررناه وقوله (والتدبير والاستيلاد بمنزلته) أى بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق (لانه يتعذر) معهما (النقل) من ملك الى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله (مع بقاء المحل) احتراز عن الموت والاعتاق وقوله (بالامر الحكمى) أى بحكم الشرع لا بفعل المشترى كالقتل (فان أعتقه على مال) ثم اطلع على عيب (لم يرجع بشئ) وكذا لو كاتبه لان المشترى حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل (وعن أبى حنيفة رضى الله عنه انه) أى المعتق على مال (يرجع) بالنقصان وهو قول أبى يوسف وبه قال الشافعى وأحمد (لان العتق) سواء كان بمال أو بلا مال هو (انهاء للملك) أعنى الرق وبهذا يثبت به الولاء فى الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله (قوله فان قتل المشترى العبد) أى لم يمت عنده حتف أنفه

(قوله فان قيل قوله والامتناع حكمى الى قوله لا يرجع بالنقصان) أقول ان أراد دلالة هذه العبارة على كون الامتناع بفعله سببا مستقلا لعدم الرجوع فهو ممنوع وان أراد دلالتها على سببية فى الجملة ولو بانضمام شرط أو رفع مانع فسلم ولا يرد النقض والرد الذى أورده على جوابه ولك أن تقول الباء فيه للملابسة ولا يلزم الاطراد فتأمل وأنت خبير بأنه لو أراد رد النقض على قوله لان الامتناع بفعله لكان أظهر اذ لا يرد حينئذ ما أوردناه والحق أن يقال فى الجواب بعدم الرد أقول أنت خبير بأن عبارة الجواب السابق لا تأبى عن الحمل على هذا المعنى (قوله فصار حابسا) أقول فيه بحث لعدم مناسبة المقام (قوله فالجواب أن الانهاء يحتاج الخ) أقول فيه بحث فان مراد القائل كيف يكونان كالاعتاق ولا يجرى فيهما وجه الاستحسان فيبقيان على القياس فتأمل

أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع) لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى فصار كالموت حتف أنفه فيكون انتهاء ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد الا مضمونا وانما سقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما الا كل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه و يعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله لم يرجع بشئ عند أبي حنيفة رضى الله عنه أما القتل فالمذكور) من عدم الرجوع فيه (ظاهر الرواية) عن أصحابنا (وعن أبي يوسف انه يرجع) وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي وأحمد (لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى) من قصاص أو دية (فكان كالموت حتف أنفه) وانما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا) قال صلى الله عليه وسلم ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر (وانما سقط الضمان) عن المولى (بسبب الملك) وكذا لو باشره فى غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى (صار كالمستفيد بالعبد عوضا) هو سلامة نفسه أن كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كأنه باعه (بخلاف الاعتاق) لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه فى ملك الغير لا ينفذ وعتق أحد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجبه بذاته فلم يستفد أى لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيأ حقيقة ولا حكما (وأما الاكل فعندهما يرجع به) وبه قال الشافعي وأحمد وفى الخلاصة عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوى (وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق) ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع (لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه و يعتاد فعله فيه) من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به (فكان كالاعتاق) بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به (وله انه أتلفه بفعل مضمون منه) لو وجد فى غير ملكه غير انه سقط أى انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا (كالقتل) فلا يرجع (ولا معتبر بكونه مقصودا) بالشراء لانه وصف طردى لا أثر له فى اثبات الرجوع (ألا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع) وجعل المصنف قول أبي حنيفة استحسانا مع تأخيره جوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما وأورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان فى ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما أجيب بأن امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم فى الخياطة للزيادة أما فى مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد (قوله ولو أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده) يعنى لا يرد ما بقى ولا يرجع بالنقصان فيما أكل (لان الطعام كشئ واحد) حتى كان رؤيته بعضه كرؤية كله يسقط الخيار (فصار كما لو باع بعضه) ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه فى الرجوع من غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب فى الباقى الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل فلا يرد الباقى

قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوى بفيد بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت عن مرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس فى الاسلام دم مفرج أى مبطل وسقوط القصاص والدية عن المولى فى قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان فى غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن أحد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستقضيا فيمنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه فعل بالمبيع ما يقصد بشرائه و يعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق ولابى حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشترى فى المبيع كما اذا باع أو قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان فى ملك الغير و باعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان أكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لان الطعام كشئ واحد فصار كبيع البعض

قال المصنف (ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد) أقول ولقائل أن يقول المعتق يستفيد باعتاق الولاء فلم يجعل مستقضيا

وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شئ واحد فلا يرد بعضه بالعيب
وأ كل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فأ كل البعض أولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما
قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أ كله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احداهما لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة وهو المذكور
هنا لان الطعام شئ واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب
فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال (ومن اشترى بيضا أو بطيخا) اذا اشترى بيضا أو بطيخا (أو قثاء او جوزا) أو شيأ من الفواكه (فكسره)
غير عالم بعيبه (فوجد الكل فاسدا) بان كان منتنا أو مرا أو خاليا بحيث لا يصلح لا كل الناس ولا لعلف الدواب

وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض (قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب (وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده) لان الكسر عيب حادث (و) لكنه (يرجع بنقصان العيب) دفعا للضرر بقدر الامكان

ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما أخذه ويرجع بالنقصان فيما أ كل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول أبي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وان الثاني قول محمد قال وكان الفقيه أبو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه أبي الليث وفي شرح المجمع قال أبو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة لان الطعام كشئ واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن جمع البخاري أ كل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتي ولو أطعمه ابنه الكبير أو الصغير أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه لا يرجع بشئ ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر أنه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فأ كله ثم أقر البائع انه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لانه كالرضا به (قوله ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا) أو قرعا أو فاكهة (فكسره) غير عالم بالعيب (فوجده فاسدا فان لم ينتفع به) كالقرع المر والبيض المذر (رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا) بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده (ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره) بأن كان في موضع يعز فيه الحطب وهو مما يشترى للوقود (على ما قيل) من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله (لان مالية الجوز) قبل الكسر ليس الا (باعتبار اللب) واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف وأشار اليه الامام السرخسي (وان كان ينتفع به مع فساده) بأن يأ كله الفقراء أو يصلح للعلف يرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري (فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا أن يتناول شيأ منه بعد العلم

ولم يتناول منه شيأ بعد ما ذاقه (قال أن يرجع بالثمن كله) لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به إما في الحال وإما في المآل والمذكور ليس كذلك وتفطن من القيود باضدادها فانه اذا كسره عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لا كل بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيأ بعد ما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له وأما الجوز فر بما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا أجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فلا يقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا اختلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين

(قوله وان تناول منه شيأ بعد ما ذاقه صار راضيا الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يكن مالا وكان بيعه باطلا لا يفيد رضاه صحة البيع كما لو رضي بشراء الميتة والدم حيث لا يصححه الشرع برضاه فالتقييد بما لا يستلزم الرضا ضائع بل مخل كما لا يخفى على المتأمل

وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه) لانه فسخ من الاصل فجعل

فلا يرجع بشيء ولذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيأ منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء وأما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع أنه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب أن يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف (وقال الشافعي يرده) يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به أطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكأنه كسره بنفسه (قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان) المبيع (ثوبا فقطعه) المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع نعرف بالاجماع على انه لا يرده وفي مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه أي ملك البائع بأن أمره بكسره فذلك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر وأما البيع فتسليط للمشتري على أن يكسره في ملك نفسه ولا أثر لهذا في نفي ولا اثبات (ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا) من الجوز والبيض (لا يخلو عن قليل فاسد) فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر (وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد) في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية أراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا قال لان مثل ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها اللب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها اللب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة (قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي (ب) سبب (اقراره) بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الآخر (أو بينة) على ذلك لانكاره العيب أو بسبب نكوله عن اليمين على العيب (فله ان يرده على بائعه) الاول يعني له أن يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى أن يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرده على ذلك التقدير لان الرد بهذا الطريق (فسخ من الاصل) يعني من كل وجه (فجعل

وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما أن يكون قليلا كاثنين في المائة أو كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن قال (ومن باع عبدا فباعه المشتري) ومن باع عبدا فباعه المشتري (ثم رد عليه بعيب (ف) إما (ان قبل بقضاء القاضي) أو بغير قضائه فان كان الاول فاما أن يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري أنكر ذلك فأثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لانه اقالة واما أن يكون (بينة أو بإباء يمين) وفي كل ذلك له أن يرده على بائعه (لانه فسخ من الاصل فجعل

(قوله لانه اقالة الخ) أقول لعل المراد لانه كالاقالة

البيع كأن لم يكن غاية الامر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هنالك واحد والموجود هنا بيعان فيفسخ الثاني والاول لا ينفسخ

البيع كأن لم يكن) وقد اطلع على عيب فله أن يخاصم فيه اذلا مانع من ذلك وما يتخيل مانعا منه وهو أن القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فخصومته البائع الاول فيه يكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المصنف ان يدعى عليه انه أقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق أجاب المصنف عنه بقوله (لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء) فانعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول (قوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له أن يرده لان المعنى له أن يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء بالبينة أو باباء يمين أو باقرار من المأمور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة والرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وهنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله أما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده المأمور مع الاقرار لان اقرار المأمور لا يسمع على الآخر ومعنى اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان هذا عيب قديم أولا أو علم انه لا يحدث مثله في مدة شهر ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشترى الى اقامة البينة أو غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ أن العيب كان في يد البائع فيرده عليه أما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شئ من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الآخر في عيب يحدث مثله أجيب بأنه ليس حقيقة بل جار مجراه ألا ترى انه لو ادعى بمال على عبد مأذون له في التجارة فأنكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع أن بذله المال لا يجوز الا في نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له أن يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشئ اذا أجرى مجرى الشئ لا يلزم كونه يجرى مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند أبي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فأنكر ونكل وقضى القاضي للمدعى بها ثم أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعى قال يسمع القاضي بينته وترد الدار عليه ولو أقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد بن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وأبو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني

الفسخ

البيع الثاني كالمعدوم) والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب (قوله غاية الامر) اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له أن يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية أمر المشترى انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيأ وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن (قوله وهذا بخلاف الوكيل) اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشترى ليس ردا على البائع ووجهه أن البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد أحدهما لا يرتد الآخر

قال المصنف (لكنه صار مكذبا شرعا) أقول قال ابن الهمام وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مؤاخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول اه وفيه

بحث

(وان قبل بغير قضاء القاضى ليس له أن يرده) لانه بيع جديد فى حق ثالث وان كان فسخا فى حقهما والاول ثالثهما

الفسخ الذى بلاقضاء وقوله (وان قبل) يعنى المشترى الاول (بغير قضاء القاضى) بل برضاه (لا يرده) على بائعه هذا هو الشق الثانى من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا أو غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء بأحد الوجوه الثلاثة كان له أن يرده على البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضى ليس له أن يرده عليه لان الرد بالتراضى بيع جديد فى حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كأن المشترى الاول اشتراه من المشترى الثانى ولو اشتراه المشترى الاول من المشترى الثانى لم يكن له أن يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشترى الاول فى الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضى تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشترى الاول اشترى ثانيا اما باع فلا يكون له حق الخصومة فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان وقال الشافعى يرده اذا قبله بلاقضاء لان الرد بالعيب عنده برفع العقد من أصله نص عليه الشافعى فلم يتفاوت الرد بالقضاء والرضا ونحن بينا الفرق بأنه بالقضاء فسخ و بالرضا بيع جديد فى حق ثالث وان كان فسخا فى حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا فى وجوب كونه بيعا فى حق ثالث أجيب بأن المسئلة فيما أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضى جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه واستشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احداها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع أمته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه أبو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة مالو أحال غريمه بالثمن على المشترى ثم رد المشترى بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت أجيب ببيان المراد وهو أن محمدا ذكر فى مواضع أن بالرجوع فى الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى ألا ترى أن من وهب مال الزكاة الى رجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع فى هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكاة باعتبار مامضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب فى حق زكاة مامضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له أن يأخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فى ابطالها ولان صحتها لا تستدعى عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كأن لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كأن لم يكن جعل الفسخ كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كأن لم يكن على التفسير الذى قلنا وفى بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود أما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها فى المحيط من المنتقى أن من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشترى الآخر بالدينار عيبا ورده على المشترى بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك لمعنى وهو

وان كان الثانى فليس له أن يرده لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشترى الثانى على الاول بعد القبض وأما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء أو بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل فى حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط أو بخيار الرؤية

(قوله وان كان الثانى فليس له أن يرده) أقول معطوف على ما تقدم فى هذا القول وهو قوله فان كان الاول فاما أن يكون باقرار

ذكر وضع الجامع الصغير ليتبين أن الجواب فى عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة أو الناقصة وفى عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء ان كان قد يتوهم أن العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله أن يرده على بائعه لتيقنه بوجوده فى يد البائع وهو الذى ذكر فى بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعتمد التراضى فيكون بمنزلة بيع جديد فى حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول اليه (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة) فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان أقام المشترى البينة فهو ان شاء فسخ الثمن أو المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع أو بينة المشترى وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثانى ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهى به وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبأن يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم أى حكم الاجبار أو حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال فى قوله علفتها تبنا انه بمعنى أطعمتها فانه يستعمل فى السقى كما يستعمل فى الطعم فى معنى الشرب قال تعالى ومن لم يطعمه فانه منى أى ومن لم يشربه على

(وفى الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذى باعه) وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفى بعض روايات البيوع ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول (قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة

ان المبيعين حينئذ يكونان معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون العيب ملك البائع فاذا رد على المشترى يرده بخلاف المبيعين فى غير النقود كمسئلة الهداية فانهما موجودان فى ذلك اذا قبل بدون القضاء فقد رضى بالعيب فلا يرده على بائعه واذن ما فيها من الاطلاق المذكور بالنسبة الى موضوع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله (وفى الجامع الصغير) الى آخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدورى فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها فى الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق أولى لانه لما لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشترى أولى قال المصنف (وفى بعض روايات البيوع) أى بيوع الاصل (ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع) يعنى على البائع الاول اذا رده بالتراضى (للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول) وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين فى هذا فكان فعلهما كفعل القاضى والمراد لا يحدث مثله مطلقا أو فى مدة كونه فى ملك المشترى الاول الى رد المشترى الثانى قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضى فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضى لان الحكم الاصلى فى هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد للعجز فاذا انقلا الى الرد لم يصح فى حق غيرهما ألا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشترى الثانى بعد قبضه أما اذا كان قبل قبضه فللمشترى الاول أن يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له أو بعاقبه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول أن يرده مطلقا وعلت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال فى الايضاح الفقه فيه أن قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر أثره فى حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فموجب العقد وقد تناهى الا أن حقه فى صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت حق الفسخ فجاء من هذا أن حق الفسخ بالعيب ما ثبت أصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل بغيره وهو استدراك حقه فى صفة السلامة وانما ظهر أثره فى حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضى ظهر أثره فى حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ فى حق الكل لان حقه فى الفسخ ثبت أصلا لانهما يسلبان اللزوم فى أصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينة)

(قوله وأجابوا بأوجه بأنه من باب علفتها الخ) أقول هذا الجواب للامام ظهير الدين (قوله وبأن يجعل الكلام متضمنا الخ) أقول هذا الجواب منقول عن العلامة حافظ الملة والدين الكاكى وفيه تأمل (قوله فيقال لم يجبر على دفع الثمن) أقول أى لم يحكم بشئ (قوله واقامة البينة حكم من الاحكام) أقول أى وجه حكم فالمضاف محذوف

وبأن الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والحق أن الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم (قوله لانه أنكر وجوب دفع الثمن) تعليل لعدم الاجبار لان المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لانه أنكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن أولا ليس الا لتعين حق البائع بازاء تعين المبيع حيث أنكر تعين حقه فى المبيع لان حقه فى السليم فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولا وفى انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهى اما بينة أو يمين البائع فان قيل فى هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضى اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعى ما يوجب دفع الثمن أولا وان كان فى الصورة منكرا (قوله ولانه لو قضى بالدفع) دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشترى من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشترى وان كان موهوما لكن يجب على القاضى اعتبار صون القضاء عن النقض فانه اذا قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء قال (فان قال المشترى شهودى بالشام) اذا طلب من المشترى اقامة البينة على ما ادّعاه فقال شهودى بالشام غيب (استحلف البائع) فان حلف دفع اليه الثمن لان فى الانتظار ضررا بالبائع فان قيل فى الزام المشترى دفع الثمن ضرر له أيضا أجاب المصنف بقوله (وليس فى دفع الثمن كبير ضرر به لانه على حجته) يعنى هو بسبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل فى بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضى وقد تقدم بطلانه والثانى ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررا والآخر دونه.

لانه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه (فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن) يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته

على البائع أن العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب أنه اذا أقام هذه البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقد ظهر الدين الثانى خبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة على البائع أن العيب كان عنده فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز أن ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع احدى صورتى التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان أعنى الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به أو بعدمه بأن يحلف فيحلف أو يقيم البينة ومنهم من أول لا يجبر بينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا (لانه أنكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به أنكر تعين حقه) لان حقه فى السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه (و) وجوب (دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع بازاء تعين) حق المشترى فى (المبيع) ولم يتعين لانه السليم وقد أنكره وأورد عليه أن الموجب للجبر قائم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المحقق فالجواب منع قيام الموجب لانه البيع للسليم أو هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وأيضا فقد يثبت ما ادعاه فيؤدى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما أمكن (فلو أن المشترى قال شهودى بالشام) مثلا فأمهلنى حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل (يستحلف البائع) ويقضى (بدفع الثمن ان حلف) وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا (لان فى الانتظار بالبائع كبير اضرار) لان التأخير الى غاية غير معلومة يجرى مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس فى الدفع كبير اضرار بالمشترى (لانه على حجته) اذ له أن يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال

(قوله والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم) أقول فيه بحث لان مفهوم الغاية لزومه متفق عليه على ما صرح به فى التلويح خصوصا فى الروايات وكلام المصنفين (قوله لان المشترى أنكر وجوب دفع الثمن لأنه أنكر تعين حقه) أقول ضمير حقه راجع الى المشترى (قوله فالجواب الاعتبار بالمعنى الخ) أقول ولعل الصحيح فى الجواب أن يقال ان صفة الانكار انما تقتضى اسناد اليمين اليه لو لم يكن انكاره فى ضمن دعوى خلاف الظاهر وههنا فى ضمن ذلك فان الظاهر فى المبيع هو السلامة (قوله وان كان فى الصورة منكرا) أقول فيه بحث فانه مدع صورة ألا يرى انه يدعى وجود العيب وثبوت حق الرد (قوله وان كان موهوما لكن يجب على القاضى الخ) أقول اذا سلم كونه موهوما فلا يجب على القاضى اعتباره والا فقلما يخلو قضاء عن أمر موهوم فلعل للخصم مدفعا الا أن يفرق بين موهوم وموهوم والحق منع تحقق موجب الجبر لأن البيع للسليم أو هو مع قبضه وفيه النزاع كما ذكره ابن الهمام

والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود ومتهم لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل ألزم العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند أبي حنيفة قال (ومن اشترى عبدا فادعى اباقا) اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان أقام بينة انه أبق عنده يسمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا أو الابراء وان أنكر وجوده عنده أو ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري ألك بينة فان أقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأبق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة أصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين أحدهما أن البينة انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني أن سلامة الذمم عن الدين أصل والشغل به عارض كما أن السلامة عن العيب أصل والعيب عارض فأي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على آخر دينا فأنكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وأجيب عن الاول بأن اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على أن العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرط الاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة أو كانت له بينة لكن لا يقدر على اقامتها لموت أو غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا على

أما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه (قال ومن اشترى عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده) والمراد التحليف على أنه لم يابق عنده لأن القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة

شهودي حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرر في هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضر بينتي الى ثلاثة أيام أجلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يثبتا كرا العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا صريح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف فيه في مثله أعني ما اذا قال لي بينة غائبة أو قال ليس لي بينة حاضرة ثم أتى ببينة تقبل وأما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم أتى ببينة ففي أدب القاضي تقبل في قول أبي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن أبي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن أبي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن أصحابنا روايتان ثم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فأحلفه ثم أتى بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله (أما اذا نكل الزم العيب لانه) يعني النكول (حجة فيه) أي في ثبوت العيب وقيد به لأن النكول ليس حجة في كل شيء اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند أبي حنيفة (قوله ومن اشترى عبدا فادعى) المشتري (إباقا) عنده وعند البائع فأراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده (لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه أبق عنده) أي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك (لان القول وان كان قوله) أي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه (الا بعد) ثبوت قيام المدعى مسببا للرد (ومعرفته) أي معرفة قيام العيب (بالحجة) عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما أما في عيب لا يتوقف الرد فيه على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون

(قوله قد قضى بأداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا) أقول واذا كان كذلك فلا يلزم البطلان في الصورة الاولى أيضا الا أن يقال التوقيت هنا الضرورة دفع الضرر والاصل الاطلاق ولا ضرورة هنالك (قوله وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود ومتهم) أقول ولك أن تجيب أيضا بأنا لم ننف الضرر عن المشتري بل قلنا ان ضرر البائع أكثر من ضرره حيث اجتمع البدلان في يد المشتري دون البائع فليتأمل (قوله لجواز أن يكون ذلك مماطلة) أقول اذ ليس له غاية معلومة (قوله هذا العيب في الحالة التي كانت الخ) أقول يعني في الكبر أو في الصغر (قوله وفيه بحث من وجهين الى قوله والثاني أن سلامة الذمم الخ) أقول ولنا أن نجيب عن هذا البحث الثاني بأن في الرد بالعيب لا بد أن يوجد العيب عند البائع ويعود عند المشتري حتى يرده ولا يلزم ثبوت الدين في الحالتين للقضاء بالايفاء بل يكفيه وجوده في الحال

فاذا أقام المشترى البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط كذا ذكر فى المبسوط وقيل المراد بالكتاب هذا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان هذا العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفى ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشترى وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب فى الحالين جميعا فى وجوده فى أحدهما يكون بارا لان الكل ينتفى بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشترى وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين جميعا اشارة الى ان تأويل البائع ذلك فى يمينه ليس بصحيح ولكنه يتوهم ذلك وانما ذكر لان شمس الائمة ذكر هذه العبارة فى التحليف وقال الأنهم قالوا النظر للمشترى ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندى الاول لان البائع ينفى العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا فى يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا فى الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل أن يقول فى عبارة المصنف تسامح لانه قال (اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب) وعلله (بأنه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفى على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب أن الاستحلاف على فعل نفسه فى المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذى يحلف أنه لا علم له بذلك أما اذا ادعى ان لى علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فان لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشترى هل له ذلك أولا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وهو المذكور فى النوادر ذكره الطحاوى وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف فى هذه المسئلة (لهما أن الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة) وكل ما يترتب عليه البينة (يترتب) عليه (التحليف) بالاستقراء

(فاذا أقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق عنده قط) كذا قال فى الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى أو بالله ما أبق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشترى لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثانى يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع (ولو لم يجد المشترى بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة رحمه الله لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف

على خلاف المختار فلا وعرف أن معنى المسئلة أن يدعى اباقا فينكر قيامه فى الحال فيحتاج الى اثباته أما لو اعترف البائع فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشترى وان أنكر طولب المشترى بالبينة على أن الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما أبق عنده قط قال المصنف (كذا قاله فى الكتاب) أى الجامع فان عبارته هكذا فاذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط قالوا (وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذى يدعى به أو بالله ما أبق) عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما أن يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب أو لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشترى لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارا فى يمينه وأما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة هنا اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع فى يمينه أى بقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هى يمين غموس والاخصر مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما أبق عندى قط (ولو لم يجد المشترى بينة على وجود العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق عند المشترى يحلف على قولهما واختلف المشايخ فى قول أبى حنيفة) هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضى أبى الهيثم أن الخلاف مذكور فى النوادر عنده لا يحلف وعندهما نعم وفى شرح الجامع الكبير للشيخ أبى المعين النسفى قال بعض مشايخنا منهم الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد

(قوله وقيل المراد بالكتاب) أقول القائل هو الاتقانى (قوله لأن شمس الأئمة الى قوله والاصح عندى) أقول تصحيح شمس الائمة لا يكون حجة على غيره (قوله وهو المذكور فى النوادر) أقول أى الاختلاف هو المذكور (قوله وقيل لا خلاف فى هذه المسئلة الخ) بل قوله كقولهما

ولأبي حنيفة على قول من يقول ان التحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه

اختلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن الحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به أما اذا كان مدعيا له الا ترى أن المودع اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع أنه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول أوجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلامته والحال أنه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف على فعل الغير وأورد على الاول مسئلتان احداهما لو باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات أحدهما فورثه البائع الآخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد مع انه يدعي العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب أحدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علمه بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي أن يشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الآخر على البتات وهو واحد أعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين أو جهله كان أيضا كذلك الا أن يكون معنى المسئلة أن العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات في مدته ما أبق عندي وعلى العلم في مدة شريكه ما علم أنه أبق عند شريكي فليكن محمله ما ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفي بذلك الا أن هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم ان مما تطارحناه انه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشتري وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك وأثبته يرده به لانه معيب والعقد أوجب على هذا البائع السليم ولزم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكرره (وجه قوله على تقدير الخلاف وهو (ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب) واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري (يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه) لانه بنكوله أنزل مقرا بوجود العيب عند المشتري فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى آخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل يفيد أن البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى أصلا في الحدود وكذا على انه وكيل أو وارث ولا دعوى أصلا ففي دعوى غير صحيحة أولى وفي الكافي الاصح أنه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لانشائها وهنا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة أخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فبها انتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منتهى بعضها مبدأ أخرى وأما قوله في الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك أن القاضي يطلب جوابه عنه ألا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان أنكر وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى آخره أو اعترف بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب بأحد هذه غير أنهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى تثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد

ولأبي حنيفة على قول من يقول التحليف على مذهبه أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم وأن يكون المشتري هنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم وأما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما (واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد) على البتات (على الوجه الذي قدمناه) على ما تقدم

(قوله والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة) أقول وكذلك البينات فاذا كان لها حكم مخصوص ههنا فلم لا يجوز أن يكون للتحليف حكم كذلك

قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

ان لم يثبت عوده عنده فلا يترتب عليه فائدته الا بعد فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها زانية حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في أن كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناء على أن الخصومة هنالك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له أن يجيب هنا بانكار العيب عنده رأسا كذلك له أن يجيب بانكار الدين رأسا بمعنى أنه لم يثبت قط ثم كما أن عليه أن يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة أو النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا اثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تأملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين أخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحلف على أمرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله (قال العبد الضعيف) يعني نفسه (اذا كانت الدعوى في اباق) العبد (الكبير يحلف) البائع (ما أبق) عندي (منذ بلغ مبلغ الرجال) لانه عساه أبق عنده في الصغر فقط ثم أبق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو ألزمناه الحلف ما أبق عنده قط اضررنا به وألزمناه ما لا يلزمه ولو لم يحلف أصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما قبل البلوغ وبعده بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي أصناف أخرى ذكرها قاضيخان هي مع ما ذكرنا تتمة أربعة أنواع الاول أن يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله أصلا من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية أي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا أن يدعي البائع رضاه به أو العلم به عند الشراء أو الابراء منه فاذا ادعاه سأل المشتري فان اعترف امتنع الرد وان أنكر أقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع أو ما رضي ونحوه فان حلف رده وان نكل امتنع الرد الثاني أن يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عنده هما رده وكذا اذا أنكره فأقام المشتري البينة أو حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان أنكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان أحوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في أنه كان عنده الثالث أن يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة فعلى هذا الا أنه اذا أنكر قيامه في الحال أريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا أو قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزائدة الا أن يدعي رضاه فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضيخان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع أتبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع

قال المصنف (اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به

(قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجدبها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى) لأن الاختلاف فى مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما فى الغصب (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) لما بينا قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما أو يدعهما) لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد

ولو قال بعه فان لم يشتر رده على فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشترى للبائع انفقه فان لم يرج رده على فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال البائع أره الخياط فان قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى لميت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفى القنية لو وجده معيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة أياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم سكت عن الخصومة مدة فقال لانظر انه يزول أولا فله رده كذا فى المجتبى (قوله ومن اشترى جارية) أوغيرها من الاعيان (وتقابضا) فقبض البائع الثمن والمشترى الجارية (فوجدبها المشترى (عيبا) فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا أنه (قال بعتك هذه وأخرى معها) وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل الثمن (وقال المشترى بعتنيها وحدها) فاردد جميع الثمن ولا بينة لاحد (فالقول قول المشترى لان هذا اختلاف فى مقدار المقبوض والقول) فيه (قول القابض) أمينا كان أو ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشترى والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشترى ينكر فالقول قوله وصار (كالغصب) اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع آخر أو حدث فيه زيادة فأنكر الغاصب فالقول قوله (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع) بأن اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشترى (لما بينا) من أن القول قول القابض (قوله ومن اشترى عبدين) أو ثوبين (صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر) الذى لم يقبض (عيبا فانه بالخيار) ان شاء أخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن فى هذه الصورة (لان الصفقة انما تتم بقبضهما) لانها انما تتم بقبض المبيع ولم يوجد (فيكون) رد أحدهما وحده (تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا) أى كون رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على أن تفريقها قبل القبض كتفريقها فى نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بألف فقال قبلت فى هذا بخمسمائة وانما كان كذلك (لان القبض له شبه بالعقد) لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه أعنى القبض مؤكد لما أثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج ونحوه فالشهود بشهادتهم أكدوا لزومه وحققوه وما قيل فى تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للنار وعلى النجاسة حرام ولو

قال (ومن اشترى جارية وتقابضا) ومن اشترى جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع (فوجد) المشترى (بها عيبا) فأراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد (فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتنيها وحدها فالقول قول المشترى لان الاختلاف فى مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض) لانه أعرف بما قبض (كما فى الغصب) فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت منى غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض (وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) فى مقداره بأن كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشترى ما قبضت الا احداهما فالقول قول المشترى (لما بينا) ان فى الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى لان كون المبيع شيئين أمارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فههنا أولى قال (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة) رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بألف درهم فقبل (وقبض أحدهما) وهو سليم (فوجد بالآخر عيبا) ليس له أن يرد المعيب خاصة (بل يأخذهما أو يدعهما) جميعا (لان الصفقة تتم بقبضهما) لما ان تصرف المشترى فى المبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تتم بقبضه الصفقة لا تتم بقبض بعضه لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما (تفريق قبل التمام) وهو لا يجوز (لما ذكرنا) يعنى قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله (وهذا) أى التفريق فى القبض لا يجوز (لان للقبض شبها بالعقد) من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد (فالتفريق فى القبض كالتفريق فى العقد) ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا

(قوله لما بينا الى قوله بل ههنا أولى) أقول فيه تأمل

قال (ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه) اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قال في شروح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال (ويروى عن أبي يوسف انه يرده خاصة) ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة (والاصح انه ليس له ذلك (لأن تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع) لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرده خاصة) وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة (ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فأشبه ما قبل القبض) بجامع دفع الضرر (وأشبه خيار الرؤية والشرط) ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضائر بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما أوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما أيضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد أحدهما بالانتفاع كالعبدين وأما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما أو يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يمكن رد المعيب خاصة. (قوله ولهذا) أي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله (لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما (ليس للمشتري أن يرد الآخر) بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام (قال ومن اشترى شيأ مما يكال

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة والاصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر (قال ومن اشترى شيأ مما يكال

صلى وبين يديه نار وبقربه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض (فان وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن أبي يوسف انه يرده خاصة) لان الصفقة تامة في المقبوض (والصحيح انه يأخذهما أو يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله) فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام (وصار) تمام الصفقة (كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول) الحبس (دون قبض جميعه) حتى لو بقي من الثمن درهم كان له أن يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك (ف) اما (لو) كان (قبضهما) أعني العبدين (ثم وجد بأحدهما عيبا) فان له أن (يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه) أي في رده وحده (تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردىء) لترويج الردىء وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده (وأشبه خيار الشرط والرؤية) في أن الصفقة لا تتم اذا كان فيها أحد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال أصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الأئمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر (ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط) والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه (لو استحق أحدهما) بعد القبض (ليس له أن يرد الآخر) بل يرجع بحصة المستحق على البائع مع انه تفريق الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قدمنا من أن الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كالموصي لكل واحد ثمنا أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد أحدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين أما اذا لم يمكن في العادة كنعلين أو خفين أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا فانه يردهما أو يمسكهما بالاجماع لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل دونه لا يملك رد المعيب خاصة (قوله ومن اشترى شيأ مما يكال) كالحنطة والتمر

أو يوزن) تفريق الصفقة لايجوز اذا كان قبل القبض فى سائر الاعيان وبعده يجوز فى غير المكيل والموزون وأما فيهما فلا يجوز واذا كان الجنس واحدا سواء كان فى وعاء واحد أو فى وعاءين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذى خرج من ضمان البائع ووجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد اسما وحكما أما الاول فلأنه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما وأما الثانى فلأن المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحنطة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لايجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفى الثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل أو امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشترى وهى فى الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب أن يكون له رد الباقى اذا استحق البعض بعد القبض كما فى الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن أبى حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد فى الباقى ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا فى المستحق وغيره لانهما فى المالية سواء والانتفاع بالباقى ممكن ومالا يوجب عيبا فى المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف مالو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب بخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل أو امساكه

القيمة

(أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله) ومراده بعد القبض لأن المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد فاذا كان فى وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر (ولو استحق بعضه فلا خيار له فى رد مابقى) لانه لايضره التبعيض

(أو يوزن) كالسمن والزعفران وغير ذلك (فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده) اذا كان الاطلاع على العيب (بعد القبض) أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف مابعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة فى غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل (لان المكيل اذا كان من جنس واحد) كالحنطة أو الشعير (فهو كشئ واحد) فان الانتفاع والتقوم لايتحقق بآحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الآحاد المتعددة منها كالشئ الواحد ثوب أو بساط ونحوه (الاترى انه يسمى) المتعدد منه المجتمع (باسم واحد كالكر) والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لايتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا لايوجب افراد أحدهما عن الآخر عيبا حادثا فيه (قيل هذا) يعنى كونه يرد الكل (اذا كان فى وعاء واحد) أما (لو كان فى وعاءين) كما اذا اشترى عدلى حنطة صفقة فوجد بأحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كما ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب فى المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون أخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشترى بخلاف ماذا كان فى وعاءين فرد أحدهما بعينه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه أبو الليث هذا التأويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن أبى يوسف لا على قول أبى حنيفة فانه روى الحسن عن أبى حنيفة فى المجرد أن رجلا لو اشترى اعدالا من تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له أن يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شئ واحد وليس له أن يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفى رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا أن يكون هذا والآخر سواء فاما أن يرده كله أو يترك كله فقد رأيت كيف جعل التمر اجناسا مع أن الكل جنس التمر فعلى هذا يتقيد الاطلاق أيضا فى نحو الحنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان فى الثمن والعجين ويتقيد اطلاق فخر الاسلام ان فى الاعدال يرد المعيب خاصة بأن ذلك اذا كان باقى الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بأن يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها البنانة فيرد ذلك خاصة أما اذا كان الاعدال من جنس واحد بأن يكون كلها برنيا أو صيحانيا أو لبانة أو عراقية فيرد الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت الجريان ماذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها (قوله ولو استحق بعضه) أى بعض المكيل أو الموزون فلا خيار للمشترى فى رد مابقى بل يلزمه أن لا يرده وروى عن أبى حنيفة أن له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة (وجه الظاهر أنه لا يضره التبعيض) لان فى

قال المصنف (ومراده بعد القبض) أقول أما قبل القبض فالحكم فى غير المثلى والموزون أيضا كذلك قال المصنف (وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد) أقول اختار هذا القول فى فتاوى قاضيخان ولم يذكر غيره (قوله لان رد الجزء المعيب) أقول فيه بحث

(قوله والاستحقاق يجوز أن يكون جواب سؤال) تقريره انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه أن الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا أجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد إذا كان بعد القبض وأما إذا كان قبله فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك إلى أن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء حدث ما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا واحدا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لأن التشقيص في الثوب عيب لأنه يضر في ماليته والانتفاع به فإن قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب أجاب المصنف بقوله (وقد كان وقت البيع) يعني أنه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه لكلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور أعني فيما يكال أو يوزن أو غيرهما أما العيب فظاهر وأما الاستحقاق فلقوله أما إذا كان ذلك قبل القبض ليس له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما بعد القبض كذلك إلا في المكيل والموزون لأنه ذكر في

والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا كان بعد القبض أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال (وان كان ثوبا فله الخيار) لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون (قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه أو كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا) لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هنالك للاختبار وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب

القيمة ولا في المنفعة أما في القيمة فإن المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة وأما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فإنه إن كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فإن الفضلة من الثوب كالذراع إذا نودي عليه في السوق لا تبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وإن كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فإنهما إن شاآ اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تكون بكيل عبدهما وغلامهما (وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة) جواب عن سؤال هو أنه ينبغي أن يكون له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كي لا يلزم تفريق الصفقة على المشتري المستحق عليه فأجاب بأن تفريق الصفقة إنما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك إلا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لأن تمامها برضا العاقد) وقد تحقق (لا برضا المالك) يعني المستحق ولذا قلنا إذا أجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك وقوله (وهذا) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد (إذا كان بعد القبض أما إذا كان قبل القبض فله أن يرد الباقي لتفرق الصفقة) عليه (قبل التمام) لأن تمامها بعد الرضا بالقبض (ولو كان) المستحق (ثوبا) ونحوه كعبد وكتاب (فله الخيار لأن التشقيص في الثوب عيب) والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل أو بقائه شريكا لا يقال ينبغي أن لا يثبت له خيار رد الكل لأنه حدث عنده عيب بالاستحقاق وأجاب بقوله (وقد كان) إلى آخره أي هذا العيب أعني عيب الشركة كان ثابتا (وقت البيع) وإنما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في المكيل إذا كان في وعاء واحد أو كان صبرة فإنه عيب حدث عنده فلا يمكنه إلا رد الكل (قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا) ونحوه من مرض أو عرض فداواها (أو كانت دابة فركبها في حاجة نفسه) وفي بعض النسخ حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط) إذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه أو لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار (لأن ذلك) الخيار (للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه) لحاجته مرة أو الاستخدام

العبدين ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله أو أخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه المشتري) بجرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عد رضا بالعيب لأن ذلك دليل قصد الاستبقاء لأن المداواة إزالة العيب وهي تمنع الرد لأن نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الإمساك ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لأن الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لأنه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا

مسقطا (وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس برضا) أما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب فى السقى واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف فى عدل واحد وأما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ماذكرناه يكون رضا قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشترى له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق)

مرة (مسقطا) له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشترى يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والدهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذى لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا أما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشترى الى رأس ماله اذا عجز عن وصول الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا أخر الرد مع القدرة عليه بالتراضى أو بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد منه وعند الشافعى يبطل والتقييد بحاجته لانه (لو ركبها ليسقيها أو يردها على بائعها أو يشترى لها علفا فليس برضا) وله الرد بعد ذلك (أما الركوب للرد فانه سبب الرد) فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما لا تنقاد أو تتلف مالا فى الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب (والجواب فى السقى وشراء العلف محمول على حاجته) الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة ففى قودها ليسقيها أو يحمل عليها علفها ماذكرنا مع كونه قد يكون عاجزا عن المشى (أو لكون العلف فى عدل واحد) فلا يتمكن من حملها عليها الا اذا كان راكبا وتقييده بعدل واحد لانه لو كان فى عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضيخان وغيره ولا يخفى أن الاحتمالات التى ذكرنا فى ركوبها للسقى انها لا تمنع الرد معها تجرى فيما اذا كان العلف فى عدلين ثم ركبها فلا ينبغى أن يطلق امتناع الرد اذا كان العلف فى عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشترى لاردها عليك فالقول قول المشترى فأما لو قال البائع ركبتها للسقى بلا حاجة لانها تنقاد وهى ذلول ينبغى أن يسمع قول المشترى لان الظاهر ان المسوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشترى من شئ مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون فى تخيل أسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شئ من تلك الاسباب وآخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها أو لم يركبها ﴿فرع﴾ وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها أو يرد بعد انقضاء سفره وهو معذور (قوله ومن اشترى عبدا قد سرق) عند البائع وعلى ماذكرنا ما وقع فى المطارحة لا فرق بين أن يسرق عند البائع أو غيره (ولم يعلم) المشترى (به) أى بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وستأتى فائدة هذا القيد (فقطع عند المشترى فله أن يرده) على بائعه (ويأخذ الثمن) كله منه (عند أبى حنيفة) هكذا فى عامة شروح الجامع الصغير وفى روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكرنا فى المبسوط حيث قال وعند أبى حنيفة يرجع بنصف الثمن بأن القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيثبت للمشترى الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقى ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره امساكه وفى شرح الطحاوى للاسبيجابى لو قطعت يده بعد القبض الى آخر الصورة ان شاء رضى بالعبد الاقطع بنصف الثمن وان شاء ترك وفى قول أبى يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع

(وان ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فليس ذلك برضا أما الركوب للرد فلا فرق) فيه بين أن يكون له منه بد أو لا لان فى الركوب ضبط الدابة وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر وأما السقى والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا أو لعجزه عن المشى لضعف أو كبر أو لكون العلف فى عدل واحد أما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين أو لكون العلف فى عدلين وركب كان الركوب رضا لان حمله حينئذ يمكن بدون الركوب قال (ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به الخ) رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشترى لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله أن يرده ويأخذ الثمن كله وله أن يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند أبى حنيفة وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب

و يرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع أن يرده فيرده و يرجع بجميع الثمن وحينئذ فلا يشتبه ما في نقل المختصر في جواب المسئلة كالمصنف ان له أن يرده و يرجع بالكل وما في نقل المؤلف والمختلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري بسرقة عند البائع انه يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرب ما يظن انهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية أخف فانه قال فله أن يرده و يأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيأ آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا أمسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان ويمسكه (وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع) من قتل عمد أو ردة ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري يرجع بكل الثمن عنده وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف (فالحاصل انه) أي القطع والقتل أي ثبوته في العبد (بمنزلة الاستحقاق) ولو استحق كله رجع بالكل أو نصفه فهو كان بالخيار بين أن يرد الباقي و يرجع بالكل و بين أن يرجع بنصف الثمن و يمسك النصف فكذا هنا (وعندهما) ذلك (بمنزلة العيب) وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف (لهما أن الموجود عند البائع سبب القتل والقطع) وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن مقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو أبى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية بالقتل وهو فعل أنشأه المستوفي باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري و به لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع و ينتقض بأخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان (وصار كما اذا اشترى حاملا) لا يعلم بحملها وقت الشراء ولا وقت القبض (فماتت) عنده (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل) ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع (وله ان سبب وجوب القطع والقتل) وجد (في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب) القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقتله فصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كأنه قطع أو قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها أو قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته أو نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كأنه المالية الا أنه لا يظهر أثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فتبقى المالية فيه فصح البيع ونحوه فأما اذا قتل فقد تم

وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد أو الردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع أو القتل وهو لا ينافي المالية ألا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فتكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب لان مباح اليد أو الدم لا يشتري كالسالم لانه أشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد أما في صورة القتل فظاهر وأما في صورة القطع فلأن الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحبل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وما بين قيمتها غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله أولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب

والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة ان ذلك قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا قتل من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثم سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري

وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين

حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية فظهر أثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا (وما ذكر من المسئلة) موت الحامل (ممنوعة) على قول أبي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضيخان رحمهما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له أن يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب لان الرد لم يصح لان شرط صحته أن يردها كما أخذها ولم يوجد فصار كأن لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع أو غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها اذا زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق عند البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع أجيب بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه وأما الثانية فلأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وأما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بأن المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا وأما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط (قوله ولو سرق في في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما) أي بالسرقتين جميعا (فعندهما يرجع بالنقصان) أي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع (وعند أبي حنيفة) رحمه الله (ليس له أن يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث) وهو السرقة عند المشتري والقطع بهما كقولهما ولكن ان رضي البائع كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به أمسكه ورجع بربع الثمن (لان اليد في الآدمي نصفه) في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما أصاب المشتري ويرجع بالباقي ان رده بأن رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان أمسكه بأن لم يرض البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا

وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بل كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها مستحقة وأما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كمالك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون من له القصاص قال (ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري الخ) اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا آنفا وعند أبي حنيفة لا يرده الا برضا البائع بالعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من أن يقبله البائع كذلك وأن لا يقبل فان لم يقبله يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة أرباع الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين

وفى احداهما الرجوع على البائع فيقسم النصف عليهما بنصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيرده العبد عليه فان قيل اذا احدث عند المشترى عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشترى عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك أجيب بأن هذا على قول أبى حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وماذكرتم لايتصور فيه فان قيل الاتذكرون ماتقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده فى غير المكيل والموزون فما الذى أوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وماينزل منزلة الشئ لايلزم أن يساويه فى جميع الاحكام فعسى يكفى شبها بين مانحن فيه والاستحقاق كون العقد غيرمتناول لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا قال ولوتداولته الايدى يعنى بعد وجود السرقة من العبد فى يد البائع اذا تداولته الايدى بالبياعات ثم قطع العبد فى يد الاخير ترجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك بعضهم على بعض عند أبى حنيفة كما فى الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولايرجع بائعه على بائعه كما فى العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشترى الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه

ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع لنقصان العيب لما تقدم (قوله وقوله فى الكتاب) أى قول محمد فى الجامع الصغير (ولم يعلم المشترى يفيد على مذهبهما لان) هذا يجرى مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولايفيد على مذهب أبى حنيفة فى الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لايمنع الرجوع وقوله (فى الصحيح) احترازعما روى عن أبى حنيفة أنه لايرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لايمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لايرجع عند العلم بشئ لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى وقد اندفع حين علم به واشتراه وقال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففى أصح الروايتين عن أبى حنيفة يرجع بالثمن أيضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع لكن لانسلم أن العلم بالعيب لايمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه أجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته لان فى حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن فى قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وهنا لايبطل البيع والجواب أن كونه أصح أوصحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل

وفى احداهما رجوع فيتنصف ولوتداولته الايدى ثم قطع فى يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما فى الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولايرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله (فى الكتاب ولم يعلم المشترى) يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولايفيد على قوله فى الصحيح لان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع

معيبا لامع أن يتحمل مالزم المشترى من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما فى الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة (قوله ولوتداولته الايدى) بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدى بعده (ثم قطع عند الاخير) بتلك السرقة (رجع الباعة بعضهم على بعض) بالثمن (كما فى الاستحقاق عند أبى حنيفة) لانه أجراه مجرى الاستحقاق ولايخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين أن يرده ويرجع بالكل أو يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن (وعندهما يرجع الاخير) الذى قطع فى يده (على بائعه) بالنقصان (ولايرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب) أما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشترى للعيب حبس للمبيع سواء علم بالعيب أولم يعلم فلايمكنه الرد بعد ذلك وقوله فى الكتاب) أى الجامع الصغير (ولم يعلم به) أى وقت البيع ولاوقت القبض (يفيد على قولهما) لانه عيب (والعلم بالعيب) عند البيع أو القبض (مسقط للرد والارش) وأما عنده فعنه روايتان فى رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده أو نفسه قال المصنف (تبعا لشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته أو اباحة دمه وقت البيع أو القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم ولشبهه بالعيب لايرجع عند العلم بشئ عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بأن هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه أجرى مجرى الاستحقاق

(قوله والنصف الآخر الخ) أقول يعنى الذى لم يتلف (قوله وان قيل الى قوله يستويان) أقول يعنى ماتقدم بورقة تخمينا وهو قوله وتنبيه كلام المصنف تجد حكم العيب والاستحقاق سيين (قوله لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا) أقول يعنى ماتقدم بصحيفة تخمينا وهو قوله فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله (قوله قيل فيه نظر) أقول أى فيما قاله فخر الاسلام (قوله والجواب ان كونها أصح أوصحيحا) أقول لايخفى عليك ان نزاع القائل انما هو فى صحة الدليل فلا مساس لجوابه الاول فليتأمل

وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا انه بمنزلة العيب أو انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجرى مجراه قال (ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب) البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها أو لا علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار اليه أو لا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط (وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب) ما لم يقل من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة أرأيت لو باع جارية في المأتي منها عيب أكان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأسه ذكره برص أكان يلزمه أن يري المشتري ذلك وما زال حتى أفحمه وضحك الخليفة مما صنع به *الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه أن الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو أبرأ المديون عن دينه فرد الابراء لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء بأسقطت عنك ديني ولأنه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا تفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم

(قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها) وقال الشافعي لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

لا يخرجه عن كونه عيبا (قوله ومن باع عبدا الخ) ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له أو غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض أيضا خلافا لمحمد في الحادث وأجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب أصلا وثالثها وهو الاصح انه يبرأ وروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر أتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم وأما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا هو أحد أقواله قال وهذا (بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح) فنصب الخلاف في المبنى فقال (هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد) حتى لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك (وتمليك المجهول لا يصح) ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري أن المبيع على أي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بأن طلق نسوته أو أعتق عبيده ولم يدر كم هم ولا أعيانهم كأن ورث عبيدا في غير بلده أو زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كأن يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته (لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك) فأظهرنا أثره في صحة رده

وقوله (وان كان في ضمنه التمليك) اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى

(قوله وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع) أقول أنت خبير بان منع السند مما لا يجوزه أحد فقوله ممنوع خارج عن الآداب وجوابه ان المنع متوجه الى ما جعله المعترض مبنى لمنعه لا الى سنده وبينهما فرق بقي الكلام في صحة المنع بعد اقامة الدليل على المقدمة الممنوعة بدون التعرض لدليله فليتأمل ثم أقول بقي ههنا شئ آخر وهو أن كونه عيبا لا يمكن أن ينازع فيه لظهور صدق تعريفه عليه وأيضا دأب الفقهاء اعتبار الشبهين ومراعاة الجهتين وليس في الدلائل المتقدمة ما يقتضي الخارجية العيب ولم يقل المعترض ان حكمه حكم العيب من كل وجه كما لا يخفى (قوله أرأيت لو أن بعض حرم أمير المؤمنين الخ) أقول ليس في هذا كثرة شناعة اذ لا يلزم رؤية البائع والمحكي انه لو اشترى بعض حرم أمير المؤمنين عبدا كذا كان يلزمه أن يرى ذلك (قوله ولهذا جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم) أقول بأن زوج أولياءه في صغره نسوة لا يعلم كم هن والله أعلم

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمهما الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف أن الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضى وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فائدة التصرف عليه أما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت وأما عدم الصحة في قوله ابرأت أحد كما فلجهالة من له الحق كما لم يصح قوله لرجل علي ألف وصح لفلان علي شيء ويلزم بالتعيين على أن من المشايخ من أجازه وألزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه ووجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى ولذا اتفقوا على ابطاله لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث أولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعد ما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم عما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتواخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرور والله أعلم ايهام خلاف الثابت ومنه ولد المغرور للمغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ابهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره وقوله شرط ينافي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اردت العقد المطلق سلمناه أو المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت منعناه والا لزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاقا وقوله (ويدخل في هذه البراءة) يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله (في قول أبي يوسف) ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة (وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر) والحسن ابن زياد والشافعي ومالك ورواية عن أبي يوسف (لان البراءة تتناول الثابت) فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط (ولابي يوسف أن) الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم أن (الغرض) من هذا الشرط (الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة) ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال (وذلك بالبراءة عن كل عيب) يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله وأورد أنه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من أبي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله أجيب بمنع انه اجماع بأن في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف

بجهالة لا تفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم أولى ووجه قول محمد أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وأبو يوسف يقول الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب أو ما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسده تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق لانه ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم (قوله ويدخل في هذه البراءة) احترازا عما لو قال بعت هذا العبد على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود

وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حدث لان بطلان حق المشترى فى الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطن فاذا ادعى باطنا لزيل به ظاهر الا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشترى لانه هو المسقط لحقه فالقول فى بيان ما اسقط قوله ﴿فروع﴾ جميعها فى الدراية بشرط البراءة من كل عيب به أو خص ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشترى عيب أو موت فاطلع على عيب آخر كشجة أخرى فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر أبو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار فى تعيين العيب الذى يرد به اليه وجعل محمد للمشترى فيرد بأيهما شاء ولا يخفى أن هذا اذا لم يعين الشجة المتبرأ منها عند البيع بل ابرأه من شجة به أو عيب ولو ابرأه من كل غائلة فهى السرقة والاباق والفجور وكذا روى عن أبى يوسف ولو أبرأه من كل داء فعن أبى حنيفة الداء ما فى الباطن فى العادة وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل وتقدم أول الباب ذلك وفى جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع الكف عيب واحد ولو قبل فى الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفى المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال أنا برىء من كل عيب الا اباقه برئ من اباقه ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق ولو قال أنت برىء من كل حق لى قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشترى ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يدفع أو يحط دينارا جاز ولو دفعه المشترى ليرد لم يجز لانه ربا ولو زوال العيب بطل الصلح فيرد على البائع ما بذل أو حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرده ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز وحذف الحروف أو نقصها أو النقط أو الاعراب فى المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على أن يحط كل عشرة ويأخذ الاجنبى عما وراء المحطوط ورضى الاجنبى بذلك جاز وجاز حط المشترى دون البائع ولو قصر المشترى الثوب فاذا هو متخرق وقال المشترى لا أدرى تخرق عند القصار أو عند البائع فاصطلحوا على أن يقبله المشترى ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على أن يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشترى درهما قيل هذا غلط والأولى أن يضمن القصار أولا للمشترى ثم يدفع المشترى ذلك للبائع وفى المجتبى أدخل المشترى القدوم فى النار أو حد المنشار أو حلب الشاة أو البقرة لم يرد سواء كان فى المصراة أو غيرها وفى المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعى ومالك وأحمد وزفر ورواية عن أبى يوسف والمصراة شاة ونحوها سد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشترى انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان فى رواية الكرخى لا وفى رواية شرح الطحاوى يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا لغرور المشترى بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هى حلوب فتبين خلافه فبعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض أو جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند أبى يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها فى الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

﴿باب البيع الفاسد﴾

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة أنواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع

العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة أنواع باطل وفاسد وهو بيع ما ليس بمال الخمر والمدبر والمعدوم كالسمن فى اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق وموقوف حصره فى الخلاصة فى خمسة عشر بيع العبد والصبى المحجور بن أى موقوف على اجازة المولى والاب أو الوصى و بيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضى و بيع المرهون والمستأجر وما فى مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة أو رد الرهن أو فاء أو ابراء لزمه أن يسلمه للمشترى وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى يتوقف على اجازة المشترى وقبل القبض فى المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ وفى العقار على الخلاف المعروف و بيع المرتد عند أبى حنيفة والبيع برقمه و بما باع فلان والمشترى لا يعلم موقوف على العلم فى المجلس و بيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس و بمثل ما أخذ به فلان و بيع المال المغصوب ذكر محمد ان أقر الغاصب أو جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع و بيع مال الغير وانتم ما يتعلق بالمرهون والمستأجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع الرهن والمستأجر الى الراهن والمؤجر بفسخ أو بغيره يتم البيع وكذا اذا أجاز المستأجر والمرتهن فان لم يجيزا وطلب المشترى من الحاكم فسخ العقد فسخه وللمشترى الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند أبى يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول أبى يوسف وليس للمستأجر حق فسخ البيع بالاختلاف وفى المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والمؤجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه أخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن أبى يوسف انه يجوز و يقوم المشترى مقام المالك فى الدعوى وعن أبى حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء أعنى سواء كان البذر منه أو لا فان أجاز فلا أجر له وفى النوازل فلو أجاز المزارع فكلا النصيبين للمشترى وكذا فى الكرم وان كانت الارض فارغة فى المزارعة ولم تظهر الثمار فى الكرم جاز البيع و به أخذ المرغينانى ذكره فى المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح عن الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التى لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم انه وان أفاد الملك وهو مقصود فى الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشترى من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد فى قوله باب البيع الفاسد وفى قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل فى الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضى أن يقال حقيقة على الباطل لكن الذى يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده أصلا فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وأيضا فانه مأخوذ فى مفهومه أو لازم له انه مشروع بأصله لا وصفه وفى الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع بأصله لا بوصفه فى العرف لكن نجعله مجازا عرفيا فى الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوى ولذا وجه بعضهم الاعمية بأنه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخل بعضهم أيضا فى البيع الفاسد بشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفاسد بالمعنى الذى يعم الباطل يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة فى المبيع أو الثمن فخرج نحو جهالة كمية قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم و بعدم ملك

تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما أورث خللا فى ركن البيع فهو مبطل وما أورثه فى غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة فى الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذى مات حتف أنفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد ممن له دين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وأمثالها كالمجروحة بالمذبوحة فى غير المذبح فان ذلك عندهم

بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف فى التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه فى بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهى مبادلة المال بالمال فانه أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض أهل الكفر وانما أولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع أبطل تقومها فى حق المسلمين لئلا يتمولوها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها فى حق المكيل والموزون ولو أراد بقوله عند بعض المسلمين لم يحتج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر

(واذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر) قال رضى الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض

المبيع للبائع والفساد بمعنى البطلان الا فى السلم أو مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم أو التسلم الا بضرر كجذع من سقف ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان فى صفقة كبيعه كذا على أن يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحبل الحبلة تدخل فى عدم الملك وبيع الاوصاف كألية شاة حية يرجع الى ما فى تسليمه ضرر اذ لا يمكن شرعا الا بذبحها الا فى قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البائع بما هو من جنس عن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين فى بيع كبيع هذا بقفيز حنطة أو شعير مستدرك لدخوله فى جهالة الثمن (قوله اذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان) أحدهما (غير مملوك كالحر) هذا لفظ القدورى وقد ذكرنا أن الفاسد فى لفظه يراد به ما هو أعم من الباطل لان أحد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن إما حقيقة أو تغليبا كما قيل بناء على أن العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك أن المبيع اذا كان محرما لا يصح فان كان مالا فالبيع باطل كالحر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله (هذه فصول جمعها) أى فى حكم واحد وهو الفساد (والواقع ان فيها تفصيلا) يعنى ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا انما يبين لك أن المعروف فى عرف فقهائنا التباين بين الباطل والفاسد فان الاعم لا ينفى عن الاخص قال (فنقول البيع بالميتة والدم باطل) لا فاسد باجماع علماء الامصار (وكذا بالحر) بأن يجعل الميتة والحر ثمنا الثوب مثلا وذلك (لانعدام ركن البيع الذى هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند أحد) يعنى ممن له دين سماوى فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس (و) أما (البيع بالخمر والخنزير) ف(فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه) أى كلا من الخمر والخنزير (مال عند البعض) وهم أهل الذمة كما سيصرح به فى وجه الفرق حيث قال إنه مال لاهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية فى شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال فى بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا فى دين سماوى باطل وهذا سهل وانما الاشكال فى جعل حكمه الملك فلننبه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم

(قوله ولقب الباب بالفاسد الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال فى وجه التلقيب أراد بالفاسد المعنى الأعم للباطل لا المقابل له (قوله كالتسليم والتسلم الواجبين به) أقول ضمير به راجع الى البيع قال المصنف (كالبيع بالميتة) أقول الميتة فى اللغة وهو الذى مات حتف أنفه فلا يرد المخنوقة وأمثالها التى هى كالذبيحة عندهم حيث جاز بيعها فيما بينهم فانها ليست ميتة لغة وان كانت ميتة عندنا (قوله وعلى هذا الى قوله والبيع بالخمر والخنزير فاسد) أقول فيه بحث فان البيع بالخمر والخنزير يقضى بصحته عند أهل الذمة فكيف تستقيم ارادة العموم وجوابه انه ليس محرما عندهم تأمل فان فيه ما لا يخفى (قوله أى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم الخ) أقول وأنت خبير بأن قيد التقوم مما لا حاجة اليه فى اثبات المطلوب (قوله وانما أولنا بذلك) أقول أشار به الى قوله متقوم (قوله لانه مال عندنا بلا خلاف) أقول فلا وجه لتخصيص البعض

والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى

قال (اما بيع الخمر والخنزير) يعنى اذا جعلا مبيعا (فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان بعين) بيع المقايضة (ففاسد والفرق أن الخمر مال) فى الجملة فى شرع ثم أمر باهانتها فى شرع نسخ الاول وفى تملكه بالعقد مقصودا اعزازه حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا أولى ومقتضى هذا أن يبطل فى المقايضة بطريق أولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا أيضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعية فى كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبرا لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين أن تدخل الباء على الثوب أو الخمر فى جعل الثوب المبيع ووجه البطلان فى بيع هذه الاشياء النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره ومعنى أعطى بى أعطى ذمة من الذمات ذكره فى صحيح البخارى وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصحيح لعن الله الخمر الى أن قال وبائعها وفى الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فأكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيأ حرم ثمنه وأما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التى يبطل العقد بها وعليها التى ماتت حتف أنفها أما المنخنقة والموقوذة فهى وان كانت فى حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف فى التجنيس مطلقا عن الخلاف وفى جامع الكرخى يجوز بينهم عند أبى يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد ان أحكامهم كأحكامنا شرعا الا ما استثنى بعقد الامان والذى استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن أبى حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة تجوز الا الخمر ومنعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف فى جواز البيع وقوله فى الذخيرة فى المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهى مال عند أهل الذمة فيجب أن البيع فاسد فكانت كالخمر ثم (الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه) أى فى البيع الباطل (يكون امانة عند بعض المشايخ) هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة (لان العقد غير معتبر فبقى) مجرد (القبض باذن المالك) وذلك لا يوجب الضمان (وعند البعض) كشمس الائمة السرخسى وغيره (يكون مضمونا) بالمثل أو القيمة وهو قول الائمة الثلاثة (لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما كـ) الخلاف الكائن بينهم فى (أم الولد والمدبر) اذا بيعا فماتا عند المشترى لا يضمنهما عند أبى حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك أولى ولمن ينصر المروى عنه من عدم الضمان ان الضمان فى المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف فى تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيله وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه

وقوله (والباطل لا يفيد ملك التصرف) كأنه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد) والباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة (ولو هلك المبيع فى يد المشترى فى الباطل يكون أمانة عند بعض المشايخ) أبى أحمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة نص على ذلك فى السير الكبير نقله أبو المعين فى شرح الجامع الكبير (لان العقد) باطل والباطل (غير معتبر) والقبض باذن المالك فيكون أمانة (وعند بعض آخر) شمس الائمة السرخسى وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه (يكون مضمونا لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء) لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة أما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث فى العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد ابن مسلمة البلخى (الاول قول أبى حنيفة والثانى قولهما كما فى بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) أي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات وأما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيأ لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير وأما اذا كان شيأ يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل لو أفاد ذلك الملك جاز للمشترى وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل أكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب ان ما لم يحل وطؤها وأكله لم تثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالوطء والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشترى في المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبنى على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة فالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار أخرى فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب أو الوصى عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشترى ثم أعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين وأجابوا

عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشترى فيه أي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في أول الفصل الذي يلى هذا الباب (قوله وكذا بيع الميتة) يعنى كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو إما أن يكون بالدين كالدراهم والدنانير أو بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة الا انه غير متقوم أي غير معزز يقابله قيمة لان الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وما أمر الشرع بترك اعزازه لا يكون معززا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا أي بجعله مبيعا اعزازله وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم أصلا لئلا يفضى الى خلاف المأمور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشترى الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما أمر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول البائع لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان .

والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشترى فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه بعد هذا وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة الا انه غير متقوم لما أن الشرع أمر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزازله وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان المشترى للثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا (والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به) اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا أو القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سيأتي تمام هذه المسائل في أحكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في أن المملوك التصرف أو العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله (وفيه) أي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد (خلاف الشافعي) وكذا مالك وأحمد باعتبار أن الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المصنف في فصل أحكام

(قوله فالجواب انما لم يحل وطؤها) أقول وسيجيء في فصل أحكام البيع الفاسد منع قوم حل تناول الطعام المشترى شراء فاسدا وعدم حل وطء الجارية المشتراة كذلك (قوله الا انه غير متقوم) أي غير معزز أقول عز لازم فالظاهر أن يقول غير معزز

قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) أى باطل وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ماذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لايدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فينتفى الآخر لايقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وأنتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية فى حق المدبر فى الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافى اللوازم لان الملك مع الحرية لايجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع وأحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت فى الحال لانه لو لم يكن ثابتا فى الحال لكان إما غير ثابت مطلقا أو ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال أولى وكذلك الثانى لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فلو قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا فى الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة فى حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة فى حق المولى ثابتة لانه لايملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب فينتفى الآخر وانما قيد بقوله فى حق المولى لانها غير لازمة فى حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم فى البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع أصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا اجاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما يجيء قال (ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز الخ) لان عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى فى النوادر انه لايجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار فى التدبير وفى المطلق خلاف الشافعى

قال (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد فى المدبر فى الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفى المطلق خلاف الشافعى رحمه الله وقد ذكرناه فى العتاق

البيع الفاسد أى بين الوجه من الجانبين (قوله وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد) هذا لفظ القدورى قال المصنف (ومعناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم) بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم فى أم الولد (اعتقها ولدها) واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وبتصحيح التدبير شرعا وتصحيحه يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق فى الحال لانتفاء أهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا فى الحال (والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى) حتى لايملك فسخ الكتابة (فلو ثبت الملك) للمشترى (بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز) البيع وما لايفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر فى الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لايبعن فى دين وحديث اعتقها ولدها تقدم فى باب الاستيلاد واذا كان أقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد منه بالاجماع (ولو رضى المكاتب ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه) وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه (والمراد) بالمدبر (المدبر المطلق) وتقدم خلاف الشافعى رحمه الله فى جواز بيعه فى كتاب العتاق أما المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بأن بيع المدبر وأخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر أو أم ولد أو مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريه ما حصته من الثمن المسمى وأجيب بأن المراد من قوله باطل أنهم لايملكون بالقبض كما لايملك الحر فكانوا امثاله فلو قال فاسد ظن أنهم يملكون وأما تملك القن المضموم

قال المصنف (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل) أقول قال الزيلعى أى فى حق نفسه لا فيما يقابله انتهى فان ما يقابله يملك بالقبض الا أنه سيجىء فى آخر هذا الباب ان البيع فيما ذكر موقوف (قوله لايدخل عليها الابطال) أقول وللخصم أن ينازع فيه

وقد تقدم فيه وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن أبي حنيفة

الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع

قال (وان ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به

اليهم فلدخولهم في البيع اصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في أصح الروايتين وهذا الجواب زعما وهم أنه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق أن لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز أن يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تأويله بالباطل قلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه وبحذا اللازم على تقدير تأويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر أنه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر وأصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر (قوله وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما) هذا (رواية عنه) وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر أما أم الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها الى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه أما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه (لهما) في ضمان المدبر وأم الولد (انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه) بالقبض (كسائر الاموال) المقبوضة على سوم الشراء (وهذا) أي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح أن يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع (بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه) لانه حر يدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين أعني التي تبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض (وهذا الضمان بالقبض) وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه أحسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان أنه يدخل تحت البيع وأما كونه مقبوضا ففرض وقوعه حسا وأما تفسير المقبوض بجهة البيع بأنه المقبوض ليشتري بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان لا يضمنا لانهما لم يقبضا ليشتريا بعد القبض أن وافقا بل قبضا بعد الموافقة وتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض أعم من ذلك وهو ما صدقات المقبوض بجهة البيع

وهذا ليس على ظاهره بل كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة انهما لا تضمن بالبيع والغصب لانها لا تقوم لماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه أي كل واحد منهما من المدبر وأم الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وأم الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك بالضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك أجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم

قال المصنف (وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه) أقول قوله وهو أي تضمين قيمة المدبر دون أم الولد ففي كلامه تساهل وسيجيء في باب كتابة العبد المشترك من الاكمل وغيره ان في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة فالمقبوض

وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشترى لايدخل فى حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا قال (ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد) لانه باع مالا يملكه (ولا فى حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد) لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض فى البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والاصار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق (وله أن جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته) أى حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة فى البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور ههنا مع اعتبار جهته فبقى مجرد قبض باذن المالك فلو أوجبناها كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب فى المدبر عنده فانه لا يستدعى ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وههنا الاذن موجود ودخولهما فى البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب (فصار كمال المشترى لا يدخل فى حكم عقده بانفراده) ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع فى المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح أصلا فى شئ واذا قسم الثمن على قيمتى المضموم وأم الولد والمدبر فاعلم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم ذلك فى العتاق (قوله ولا يجوز بيع السمك فى الماء) بيع السمك فى البحر أو النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أولا فان كان أعدها لذلك فادخلها ملكه وليس لاحد أن يأخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة فى حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا أن يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه أخذه ثم أرسله فى الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس مقدور التسليم وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج رخص فى بيع السمك فى الآجام أقوام فكان الصواب عندنا فى قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحرث العكلى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لا تبايعوا السمك فى الماء فانه غرر وأخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم أن الاجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر ﴿فروع﴾ من مسائل التهيئة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد أخذه وان لم يتخذها له فهو لمن أخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها لتجفيفها

ولابى حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان فى الاموال الحاقا بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة وهما أى أم الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بهما فصارا كالمكاتب فى كونه غير قابل للحقيقة (قوله وليس دخولهما) جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر فى نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير فى الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشترى من المشترى فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشترى عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع فى حق عبد البائع فكذلك هذا قال (ولا يجوز بيع السمك فى الماء قبل أن يصطاده) بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم ألقاه فى الحظيرة فلا يخلو اما أن تكون صغيرة أو كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشترى فله خيار الرؤية وان رآها فى الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى مالم يره (قوله الا اذا اجتمعت) استثناء من قوله جاز يعنى الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه غير مستثنى من المأخوذ الملقى فى الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها أما بمجرد الاجتماع فى ملكه فلا كما لو باض الطير فى أرض انسان أو فرخ فانه لا يملك لعدم الاحراز لا يشكل بما اذا عسل النحل فى أرضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسه فانها ليست فيها على وجه القرار

قال (ولا يجوز (بيع الطير فى الهواء) بيع الطير على ثلاثة أوجه الاول بيعه فى الهواء قبل أن يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثانى بيعه بعد ان أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجىء كالحمام وهو أيضا لا يجوز فى الظاهر وذكر فى فتاوى قاضيخان (١٩٣) وان باع طيرا له يطير فى الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته و يقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا (ولا) يجوز (بيع الحمل) أى الجنين (ولا النتاج الحمل) وهو حبل الحبل وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبل والنتاج فى الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن أريد به المنتوج ههنا والحمل مصدر حبلت المرأة حبلا فهى حبلى فسمى به المحمول كما سمى بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا لمعنى الانوثة فيه قيل معناه أن يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا فى الجاهلية يعتادون ذلك فأبطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوى عنك علمه قال المغرب فى الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذى لا يدرى أيكون أم لا كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء قال (ولا اللبن فى الضرع للغرر الخ) و بيع اللبن فى الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر ولجواز أن يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهى عنه وللنزاع فى كيفية الحلب فان المشترى يستقصى فى الحلب والبائع يطالبه بأن يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من مال البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع و بيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من باب أوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها الخلاف

قال (ولا بيع الطير فى الهواء) لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو أرسله من يده لانه غير مقدور التسليم قال (ولا بيع الحمل ولا النتاج) لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا اللبن فى الضرع الغرر) فعساه انتفاخ ولانه ينازع فى كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال (ولا الصوف على ظهر الغنم) لانه من أوصاف الحيوان ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم

من بال فتعلق بها الا علكه وهو ان يأخذه الا أن يأتى فيحوزه ومثله اذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع فى حجره ولو لم يكن هيأه لذلك فلواحد أن يسبق فيأخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وفى فتاوى الفضلى خلاف هذا قال أهل سكة يرمون فى ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له أولا أما النحل اذا عسل فى أرض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا باعداد المكان لذلك (قوله ولا بيع الطير فى الهواء لانه قبل أخذه غير مملوك و بعد أخذه وارساله غير مقدور التسليم) عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخى يعود وكذا عن الطحاوى وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا الا أن العين المجعولة ثمنا مبيع فى حق صاحبه وذكر التمرتاشى لو باع طيرا يذهب ويجىء كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفى فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له يطير ان كان داجنا يعود الى بيته و يقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما يأتى والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه (قوله ولا الحمل) بسكون الميم ما فى البطن من الجنين (ولا النتاج) لما فى الصحيحين والسنن عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذى فى بطنها وفى الموطا انبأنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا فى الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى أن لا تلد تلك الناقة أو تموت قبل ذلك وأما باللفظ الذى ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما فى الارحام جمع ملقوح والمضامين ما فى الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لقحت الناقة وولدها ملقوح به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشئ أى تضمنه قوله (ولا اللبن) يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف (للغرر فلعله انتفاخ) وبه قال الشافعى وأحمد وأجازه مالك أياما معلومة اذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود بالنهى عن بيع الغرر (لانه يتنازع فى كيفية الحلب) فى الاستقصاء وعدمه وهو نزاع فى التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فيبطل قول مالك لذلك ولجواز أن يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال البائع بمال المشترى على وجه يعجز عن التخليص (قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من أوصاف الحيوان) لانه يقوم به أو لانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (ولانه ينبت من أسفل) ساعة فساعة (فيختلط المبيع بغيره) بحيث يتعذر التمييز (بخلاف القوائم) أى قوائم

(قوله لان استحقاقه عبارة عن جهة لا يدخل عليها الابطال) أقول وللخصم فيه أن ينازع فيه

قوله قوله لان استحقاقه الخ تنظر هذه القولة لانا لم نعثر عليها اه مصححه

لانها تزيد من أعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال (وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أولم يذكراه) لانه لا يمكن التسليم الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه

الخلاف (لانها تزيد من اعلاها) ويعرف ذلك بأن توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير أسفل ويرتفع عنها رأس القائمة ويرتفع غيرها مما يزيد من أسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من أعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على أن يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من أجازها للتعامل (بخلاف القصيل) لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض قال المصنف (وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نهى الى آخره) وذلك ان الطبراني قال حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع وأخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وأرسله وكيع عن عمر ابن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلاف ما قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أئمة الشأن كأبي داود وابن معين وأبي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه أبو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن أبي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل أبي داود وكذا رواه الشافعي رحمه الله قال أخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية أو شحمها وأليتها أو أكارعها أو جلودها أو دقيق في هذه الحنطة أو سمن في هذا اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في غلفها لا يمكن أخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما أسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق (قوله وجذع من سقف) بالجر أي لا يجوز بيع جذع من سقف (وذراع من ثوب) أي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص أما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حائط أو ذراع من كرباس أو ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس أو محمول على كرباس يتعيب به أما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك وأورد عليه انه ضرر لزم البائع بالتزامه أجيب بأنه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي فله أن يرجع فيبطل البيع

أجاب بأنها تزيد من أعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في أعلاها وتركت أياما بقي الخيط أسفل مما في رأسها الآن والأعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه أما الصوف فان نموه من أسفله فان خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصيل وان أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع وأما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع أي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وعن سمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف فيما روى عنه من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم قال (وجذع في سقف) اذا باع جذعا في سقف أو ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع أو لا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة

(قوله فيتمكن من الرجوع وتتحقق المنازعة) أقول فيه بحث فانه اذا كان متمكنا من الرجوع شرعا لا يعتبر بمنازعته اذ لا وجه لها والاولى عندي أن يقال بدله ولا يكون لازما والبيع اذا لم يكن مشروطا فيه الخيار يكون لازما فيبطل فليتأمل

(ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى عاد البيع صحيحا لزوال المفسد) وهو الضرر (ولو باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ لم يصح وان شقهما وأخرج المبيع لأن فى وجودهما احتمالا) أى هو فى حكم المعدوم لأن فى وجوده احتمالا لأنه شئ مغيب فى غلافه ووزن
مغيب وشرف غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة فى سنبلها وأمثالها بيع ما فى وجوده احتمال لأنه شئ مغيب فى غلافه وهو
جائز أجيب بأن جوازه باعتبار صحة

الاطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت فى سنبلها

(ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أو البذر فى البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما وأخرج المبيع لان فى وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال (وضربة القانص) وهو

الا أن يقطعه أو يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع اللزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر وأما ايراد المحاباة فدفع بأنه ليس فيه استهلاك مال ثم رد بيع الحباب التى لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من أجاز والبعض قد منعه وأجيب بأن المتعيب الجدران دون الحباب وهذا يفيد أن المنظور اليه فى المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لابد من سمع حاكم يمنع هذا وما يلحق به هذا هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن فى الضرع والسمن فى اللبن أفاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر بتسليم السمن وأظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع أطراف الحيوان كيف شاء واليته ورجله وهو معلل بما يلزم فى التسليم من الضرر على البائع فى المبيع فخرج بيع الحباب التى يحتاج فى تسليمها الى هدم أكتاف الابواب على من يصحح بيعها (قوله ولو لم يكن معينا) يعنى الجذع والذراع (لا يجوز لما ذكرنا) من لزوم الضرر (وللجهالة) ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة (ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد) قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله (بخلاف ما اذا باع النوى فى التمر أو البزر فى البطيخ) وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ (لا يعود صحيحا) لان الفساد للغرر (اذ فى وجودهما احتمال) فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمل البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم فى بيع صحيح لان الغرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هنالك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا بطلان بل اذا زال المبطل بقى ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع من ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس هو وجود البيع الصحيح ونوقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة أو كرشها أو سواقطها فذبحها وأعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع أنه تحمل الضرر بالذبح أجيب بأن المنع هنالك لعلة أخرى غير لزوم الضرر فى التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص عنه وهو النهى عن بيع الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والسمن فى اللبن وقد يقال لا أثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا أزال البائع بالذبح والفصل فان قيل يتناوله بعد الفصل النهى عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع فى السقف سواء (قوله وضربة القانص) بالرفع والجر على قياس ما تقدمه (وهو) الصائد يقول

انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور بعينه هو المعقود عليه فتصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه وأما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف فى أصول الفقه وقوله (أما الجذع فعين موجود) اشارة الى اتمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين فى السقف بأن الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع فى السقف وكذا بيع كرشها وأكارعها أجيب بأن المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعا له

بعتك

فكان العجز عن التسليم هنالك معنى أصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شئ غير مستحق بالعقد وأما الجذع فانه عين مال فى نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمى لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وحينئذ يجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال (وضربة القانص) القانص الصائد يقال قنص اذا صاد وضربة القانص

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة وفي تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلئ وهو أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة فما أخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو أنه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شئ من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيأ قال (وبيع المزابنة) الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخل بتمر بالتاء المثناة مجذوذة مثل كيل ما على النخل من الثمر حزرا وظنا لا تحقيقا لانه لو كان مثله كيلا تحقيقا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل تمرا مجذوذا كالذى يقابله من المجذوذ ولا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع أحدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان استدل بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بأن يباع الثمر الذى على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق وأنث الضمير في قوله بخرصها على أنه جمع الثمرة قلنا بالقول بالموجب وهو أن يقول سلمنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ويسمى بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول أنه جاء في حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر والثانى أنه جاء في حديث جابر رضى الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثانى انه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه

ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال (وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن تباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدأ

بعتك (ما يخرج من) القاء هذه (الشبكة مرة) بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الأزهرى نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلئ فهو لك بكذا فهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا وللجهالة ما يخرج (قوله وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة) في الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا وأخرج البخارى عن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف (بمثل كيله خرصا) الخرص الحزر (وكذا العنب بالزبيب) لا يجوز ومعنى النهى أنه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما (كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رحمه الله تجوز) المزابنة بالتفسير الذى ذكرنا (فيما دون خمسة أوسق) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا وفي الصحيحين أيضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه الصلاة والسلام في بيع العرايا أن تباع بخرصها وفي لفظ رخص في العرية أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا ووافق الشافعي أحمد

(قوله قال وبيع المزابنة الى قوله من المجذوذ لا يجوز) أقول قوله الرفع فيه أي وحده وقوله والجر والرفع أي كلاهما وقوله والمزابنة مبتدأ وقوله لا يجوز خبره

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة) وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فاذا لمسها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

في ذلك الا أنه لم يبحها الا للضرورة قال الطحاوي جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو وأهله عنه وروى هذا عن مالك قال الطحاوي وكان أبو حنيفة يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمع من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال معنى ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك لان العرية انما هي العطية ألا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

فليست بسنهاء ولا رجبية ❊ ولكن عرايا في السنين الجوائح

أي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح أي يهبون ولو كانت كما قال ما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون كما يعطون والحق ان قول مالك قول أبي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدل عليه بأن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة أوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصة أن يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا ألقى الله بثلث النفاق وجعله ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث ان حدث كذب وان وعد أخلف وان اؤتمن خان وأما ما ذكر من تأويل العرية الامام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر فيأكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن ولا في شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم أجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد (قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة) الى قوله (وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم أما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بأن يكون مثلا في ظلمة أو يكون مطويا مرئيا متفقان على انه اذا لمسه فقد باعه وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر أن يلقي حصاة وثمة أثواب فأي ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا

قال (ولا يجوز البيع بالقاء الحجر) سام البائع السلعة أي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها بيع الملامسة هو أن يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك ابتياعا لها رضي مالكها بذلك أو لم يرض وبيع المنابذة هو أن يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها اباها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو أن يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى أن المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته وأي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وأي ثوب نبذته الى فقد اشتريته

(قوله وأي ثوب نبذته) أقول فيه مسامحة لا تخفى

(ولايجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا أن يقول على انك بالخيار ان تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه
قال (ولايجوز بيع المراعى ولا اجارتها) والمراد به الكلأ وهو ماليس له ساق من الحشيش كذا روى عن محمد
وقيل ماليس له ساق وماله ساق فيس كلا وانما فسر المراعى بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعى وهو الارض وعلى الكلا وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الارض واجارتها لايجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضى واجارتها صحيح سواء كان فيها الكلأ أولم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فلانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك لايجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض المملوكة والانهار المملوكة من الاراضى المملوكة والاحتشاش من الاراضى المملوكة ولكن له أن يمنع من الدخول فى أرضه فان منع كان لغيره أن يقول له ان لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى الى حقى أو تحتشه فتدفعه الى أو تدعنى آخذه كثوب لرجل وقع فى دار انسان هذا اذا نبت ظاهرا وأما اذا أنبته صاحب الارض بالسقى ففيه اختلاف
الرواية وذكر فى المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر القدورى انه لايجوز بيعه لان الشركة فى الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة للكلا فبقى على الشركة فلا يجوز بيعه

قال (ولايجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار فى أن يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال (ولايجوز بيع المراعى ولا اجارتها) المراد الكلأ أما البيع فلانه ورد على مالا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث

خيار بعد ذلك ولابد أن يسبق تراوضهما على الثمن ولافرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشترى فليس له أن يقبل أو غير معين كما ذكرناه ومعنى النهى ما فى كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه فى معنى اذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو اذا لمسته أو نبذته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشترى بمعنى استامها سوما ومنه لايسوم الرجل على سوم أخيه أى لايطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لايشترى كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت التزاما لانه اذا نهى عن التكلم فى الشراء فكيف بحقيقة الشراء (قوله ولايجوز بيع ثوب من ثوبين) لجهالة المبيع الا أن يكون على هذا الوجه وهو أن يقول بعتك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها فى خيار الشرط (قوله ولايجوز بيع المراعى) ثم فسرها بالكلا دفعا لتوهم أن يراد مكان الرعى فانه جائز (ولا اجارتها أما البيع فانه ورد على مالا يملكه لاشتراك الناس فيه) اشتراك اباحة لا املاك ولانه لايحصل به للمشترى فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه (للحديث) الذى رواه أبو داود فى سننه فى البيوع عن حريز بن عثمان عن أبى خراش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضى الله عنهم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فكنت أسمعه يقول المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والنار والكلا ورواه أحمد فى مسنده وابن أبى شيبة وأسند ابن أبى عدى فى الكامل عن أحمد وابن معين انهما قالا فى حريز ثقة وجهالة الصحابى لاتضر ومعنى الشركة فى النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعنى اذا أوقد رجل نارا فلكل أن يصطلى بها أما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدورى ومعناه فى الماء الشرب وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفى الكلا ان له احتشاشه وان كان فى أرض مملوكة غير أن لصاحب الارض أن يمنع من الدخول فى أرضه فاذا منع فلغيره أن يقول ان لى فى أرضك حقا فاما أن توصلنى اليه أو تحشه أو تستقى وتدفعه لى وصار كثوب رجل وقع فى دار رجل إما أن يأذن للمالك فى دخوله ليأخذه واما أن يخرجه اليه أما اذا أحرز الماء بالاستقاء فى آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر أن هذا اذا نبت بنفسه فأما لو كان سقى الارض وأعدها للانبات فنبتت ففى الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر فى اختلاف أبى حنيفة وزفر نبت الكلا بانباته جاز بيعه وكذا لو حدق حول أرضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولايجوز بيع كمأة فى أرضه قبل أن يقلعها ولا ماء وقال القدورى لايجوز بيع الكلا فى أرضه وان ساق الماء الى أرضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا أن على هذا القائل أن يقول ينبغى ان حافر البئر يملك بناء شاو يكون بتكلف الحفر والطى لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقى وان لم يكن فى أرض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلوانى عن محمد انه ماليس له ساق وماله ساق ليس بكلأ وكان الفضلى يقول هو أيضا كلأ وفى المغرب هو كل مارعته الدواب من رطب

وأما عدم جواز الاجارة فلمعنيين أحدهما وقوع الاجارة فى عين غير مملوكة والثانى انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوكة بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح أولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ فى استئجار الصباغ واللبن فى استئجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظؤرة ولم يذكر ان اجارة الكلا وقعت فاسدة أو باطلة وذكر فى الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال (ولا يجوز بيع النحل) قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا أى مجموعا وهو قول الشافعى لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا العدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول اللحم لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهى المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها قال فى الجامع الصغير أرأيت ان وجد بها عيبا بكم يردها وفيه اشارة الى أن النحل لا قيمة لها ولا رغبة فى عينها (قوله والانتفاع بما يخرج منه) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعنى لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما سيحدث منه وذلك معدوم فى الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما فى الحال لكن ينتفع بهما فى المآل بأعيانهما وفيه بعد لخروجهما بقوله يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بأن باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهى معسل النحل اذا سوى من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكر الكرخى فى مختصره وقال القدورى فى شرحه لهذا المختصر وأما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن الحسن الكرخى انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل فى البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا أنه ذكر فى جامعه هذا التعليل بعينه عن أبى يوسف .

وأما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال (ولا يجوز بيع النحل) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخى رحمه الله

ويابس وهو واحد الاكلاء (وأما الاجارة فلأنها) لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن فى استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا أما ابتداء فلا (وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز) مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة (فهذا أولى) لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة أو باطلة ذكر فى الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل فى لبن الآدمية إنه فى حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة فى ذلك أن يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما (قوله ولا يجوز بيع النحل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعى رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا) مقدور التسليم اذا كان محرزا (فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار) يجوز بيعهما وان لم يؤكلا للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما (ولابى حنيفة وأبى يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه) كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا وهو أنه فى نفسه من الهوام لانه غير منتفع به (و) انما (الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه) بخلاف الجحش فانه ينتفع به فى ثانى الحال قبل حدوث ما يتولد منه فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو فى نفسه هامة من الهوام ولذا قال فى الجامع الصغير ان وجد بها عيبا بكم يردها اشارة الى أن النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا الكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخى كالشرب والطريق وقال القدورى انه حكى عن أبى الحسن الكرخى انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل فى البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر فى جامعه هذا التعليل بعينه عن أبى يوسف والتبعية لا تنحصر فى الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل فى الوجود والنحل تابع له فى المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوى من طين وفى التهذيب كوارة النحل مخففة وفى المغرب بالكسر من غير تشديد

(قوله لعدم ما يمنع عنه) أقول أى عن الايقاع (قوله قيل قوله لا بعينه احترازالخ) أقول القائل هو الاتقانى والخبازى (قوله وفيه بعد لخروجهما الخ) أقول فيه تأمل فانه ينتفع بما يخرج ويحصل منهما فى مستقبل الزمان من أولادهما فلا يخرجان به

قال (ولا يجوز بيع دود القز و بيضه) وهو البزر الذى يكون منه الدود لا يجوز عند أبى حنيفة لانه من الهوام و بيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم فى الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة فى بيعه قيل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل و بيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع أبى حنيفة كما فى دوده وهذه العبارة تشير الى أن أبا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده فاما اذا كان تبعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير فى الهواء وانما ذكرها هنا تبعا لما ذكره الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة كذلك قال (ولا يجوز بيع الآبق) بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد فى الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذى لا يكون مطلقا وهو الذى لا يكون آبقا فى حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهى عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق فى حق المشترى فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد أولا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما أن يشهد على ذلك أولا فان كان الاول لا يصير قابضا الا انه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى

(ولا يجوز بيع دود القز عند أبى حنيفة) لانه من الهوام وعند أبى يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به (ولا يجوز بيع بيضه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبى حنيفة رحمه الله كما فى دود القز والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم (ولا يجوز بيع الآبق) لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه (الا أن يبيعه من رجل زعم انه عنده) لان المنهى عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا فى حق المتعاقدين وهذا غير آبق فى حق المشترى ولانه اذا كان عند المشترى انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان فى يده وكان أشهد عند أخذه لانه أمانة عنده

تشديد وقيد الزمخشرى بفتح الكاف وفى الغريبين بالضم . (قوله ولا يجوز بيع دود القز عند أبى حنيفة رحمه الله لانه من الهوام وعند أبى يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له) وأجاز بيع بزر القز الذى يكون منه الدود (وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به) وأجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل فى وقته وجوابه ما تقدم فى المسئلة قبلها وهو أن المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام فى بيعه حينئذ والوجه قول محمد للعادة الضرورية وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفى الخلاصة فى بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى أن محمدا ناسب أصله فى مسئلة بيع النحل فى القول بجوازه وأبو حنيفة كذلك فى قوله بعدمه وأما أبو يوسف فيجب أن يقول مثله فى النحل وما قدمه المصنف فى النحل عن الكرخى بجوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب أن لا يختلف أبو حنيفة مع أبى يوسف فى دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد أبى حنيفة فى هذه وقران أبى يوسف معه فى تلك والاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب ولا يجوز بيع شئ من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفى فتاوى الولوالجى امرأة أعطت امرأة بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الاوارق وأجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجر مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف (قوله والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها) أما اذا كانت فى بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال فى جواز بيعها وأما اذا كانت فى حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجىء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونه لا يعود أو عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبى المرسل فى برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود (قوله ولا يجوز بيع الآبق) الآبق اذا لم يكن عند المشترى لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة و يجوز عتقه غير انه اذا أعتقه

قال المصنف (ولا يجوز بيع دود القز عند أبى حنيفة) أقول لابد لابى حنيفة من الفرق بين بيع النحل و بين بيع دود القز حيث جوز الاول تبعا دون الثانى (قوله وهذه العبارة تشير الخ) أقول فيه تأمل (قوله والآبق الذى الى قوله هل يصير) أقول فيه تأمل

(وقبض الامانة لاينوب عن قبض البيع) لان قبض الضمان أقوى لتأ كده باللزوم والملك أما اللزوم فلان المشترى لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة وأما الملك فلان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب

ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول أبي حنيفة ومحمد

وقبض الامانة لاينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لايجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لايقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لايتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله

عن كناية اشترط العلم بحيانه وتجوز هبته لابنه الصغير أو ليتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لايجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا أجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لايجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لايقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه أشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض أمانة حتى لو هلك قبل أن يصل الى سيده لايضمنه وقبض الامانة لاينوب عن قبض البيع فان هلك قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لايعود صحيحا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع أو تخاصما فانه لايعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لايرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي ان عدم القدرة على التسليم مفسد لامبطل وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان أخذه ثم أرسله فانه لايخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو أخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لايعود جائزا فبالضرورة ان من قال بالجواز قائل بأنه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدورا التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والافلا

وذكر الامام التمرتاشي انه لايصير قابضا عند أبي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لايجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لايقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد أو يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه أخذ مشايخ بلخ أن ذلك العقد لايتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس وعورض بأن الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز وأجيب بأن الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم التوى بالاباق بخلاف البيع فيه فانه اثباته والتوى ينافيه وروي عن أبي حنيفة أن العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه أجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق بل ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا أبق العبد بعد البيع وهكذا روي عن محمد وبه أخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا وأما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد

قال (ولا لبن امرأة في قدح) قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى أن يتوهم أن بيعه في الضرع لا يجوز كسائر ألبان الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهرا احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع أثبت حرمة الرضاع لمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية أجزاء الآدمي أجيب بأنا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل ألا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء (٣٠١) يسقط الضمان وكذا السن اذا نبتت

قال (ولا بيع لبن امرأة في قدح) وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

بل محل البيع المال المملوك للبائع أو غيره فان كان له فنافذ أو لغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد والا ففاسد وأما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه أخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال حدثنا جعفر بن الحرث أبو الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري يرفعه الى أن قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال أبو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع أيضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على أن هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر (قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح) هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله أما عين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كي لا يظن أن امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره بل على سائر أحواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك وأحمد (وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر) فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمداء وبعضهم أجازه اذا عرف انه دواء عند البرء (و) نقول (هو جزء من الآدمي مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن أبي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا) الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما كان محلا للرق (وهو للحي ولا حياة في اللبن) ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه ولا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل أجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف أجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما انتقص من الاصل حتى لو نبتت السن التي قلعت لا ضمان الا ما يستوفى بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيأ تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من جز صوف

(قوله وهو) أي الآدمي بجميع أجزائه مكرم يجوز أن يكون دليلا آخر وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن أبي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه وأما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو أي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد فهما ضدان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبا مطلقا أو في حال الضرورة

والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه

(قوله لدفع ما عسى أن يتوهم) أقول هذا التوهم بعيد جدا بعد ما سبق قوله ولا اللبن في الضرع (قوله لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز) أقول الماء مشروب طاهر ولا يجوز بيعه قبل الاحراز كالكلا فعلم أن مجرد ذلك لا يكفي (قوله وتقريره أن الآدمي بجميع أجزائه مكرم الخ) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله لا يرد عليه الرق) أقول يعني استقلالا (قوله وليست بمال) أقول أي متقوم

قال (ولا يجوز بيع شعر الخنزير) لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع فى الماء القليل أفسده عند أبى يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابى يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها (ولا يجوز بيع شعر الانسان ولا الانتفاع بها) لان الآدمى مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا ومبتذلا

شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شئ من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففى اشاعته ببيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمة شربه شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس الا لمنفعة أخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطئها اشترطالكنهم يجيزون شربه للكبير شفاء وقد أسند الفقيه أبو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيهوب (٣) يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جازت اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس مالا اهـ وأما المصنف فانما علل المنع بأن الآدمى مكرم بجميع أجزائه فلا يبتذل بالبيع وسيأتى باقيه (قوله ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له) أورد عليه انه جعل البيع هنا فى لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع لزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله فى مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل لزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب أن الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكراما مثلا لو أمر السلطان بعض سائسى الدواب أن يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو أمر القاضى بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير فى غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا ببدل معزوز كالدراهم أو الثياب كان غاية اكرامه والآدمى مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابداله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلا تنافى (ثم يجوز الانتفاع به للضرورة) فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه (و) هو (يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه) فلم يكن بيعه فى محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه أبو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل أيضا ان الضرورة ليست ثابتة فى الخرز به بل يمكن أن يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى أبو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة فى خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله ثم (قال أبو يوسف انه لو وقع فى ماء قليل أفسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته) والصحيح قول أبى يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهى فى الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يتخرج على القول بطهارته فى حقهم أما على قول أبى يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويتجمع على ثيابهم هذا المقدار (قوله ولا يجوز بيع شعر الانسان) مع قولنا بطهارته (والانتفاع به لان الآدمى مكرم غير مبتذل فلا يجوز أن يكون شئ من أجزائه مهانا ومبتذلا)

لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يجوز بيعه أجاب بأنه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب لبائعه وقال أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغى ان يجوز لهم الشراء ولو وقع فى الماء أفسده عند أبى يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا فى حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر فى الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول أبى يوسف حيث أخره وقيل هذا اذا كان منتوفا وأما المجزوز فطاهر كذا فى التمرتاشى وقاضيخان قال (ولا يجوز بيع شعور الانسان الخ) بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله اذ النجس لا يتبرك به وجه الظاهر أن الآدمى مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز أن يكون شئ من اجزائه مبتذلا مهانا وفى البيع والانتفاع ذلك

(٣) قوله سيهوب كذا فى النسخ التى بأيدينا ولم نجده فحرر اهـ مصححه

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رحمه الله بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز أن يكون موجبا لامرين متنافيين وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزازله فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شئ وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جواز ثمه ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر أولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة الانتفاع به وهو مجروح بالضرورة ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر لزيد في قرون (٢٠٣) النساء أي في أصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلاة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الرسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس أجيب بأنها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم (لا تنتفعوا نهي) وهو يقتضي المشروعية فمن أين اللاجواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يفيده طالع التقرير تطلع عليه (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به) لأن تأثيره في ازالة الرطوبات كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد تقدم في كتاب الصلاة

وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال (ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ) لانه غير منتفع به قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ) لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة (ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله) لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل

وفي بيعه اهانته وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين (لعن الله الواصلة والمستوصلة) والواشمة والمستوشمة فالواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها باذنها او رضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به ألا ترى أنه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر أن اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والا لمنع القراميل ولا شك أن الزينة حلال قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء أيضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة أيضا والنامصة هي التي تنقش الحاجب لترقه والمتنمصة التي يفعل بها ذلك (قوله ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب) وتقدم في الصلاة تقريره وتخريجه ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليست الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن المتنجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب عما فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع بها حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلاة (ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها) وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها

(قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام لعن الواصلة والمستوصلة الحديث) أقول قال الزيلعي انما لعنها للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم انتهى وفيه بحث (قوله وأجيب بأن البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع الخ) أقول فيه بحث اذ لو تم ما ذكره لكان البيع بما يماثله في التحقير والتعظيم جائزا وليس كذلك الا أن يقال لا نظير لذلك في الشرع وفيه تأمل أو يقال ما ذكرته كلام على السند ولعل الاولى أن يقال في جواب أصل السؤال ان بعض الاشياء خلق مالكا فجعله مملوكا اهانة له لكونه حطا عن درجته وبعض الاشياء أخرجه الله عن دائرة الانتفاع والمملوكية فجعله مملوكا رفع له عن مرتبته ولا بعد في ايجاب الشئ الواحد أمرين متنافيين في محلين مختلفين ألا يرى أن الشمس تبيض الثوب وتسود وجه القصار وتعقد الملح وتذيب الشمع فليتأمل (قوله فليس ذلك) أقول أي ما ذكر من الاهانة والاعزاز (قوله من المبيع في شئ) أقول لعل المراد أن المبيع ليس موجبا تاما لهما حتى يرد السؤال (قوله فالجواب انه نهي الخ) أقول فيه بحث

(والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) اعتبارا به في حرمة اللحم وغيره حتى قال لا تقع عليه الزكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع فان بيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة وأما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال (واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب

فان هذه الاشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلاة (قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد) فيكون حكمه حكمه وعند أبي حنيفة وأبي يوسف هو كسائر السباع نجس السؤر واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلماء على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره أدركت ناسا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون بأسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا بأس بتجارة العاج وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه أنه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء (قوله واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز) لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي (وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها) وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد أن يكون أحدهما وقول المصنف (والمال هو المحل للبيع) تساهل أو تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال (بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات) فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته وجوزه مشايخ بلخ كأبي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل (ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب) فانه قال فيه ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع أرضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب وأما ضمانه بالاتلاف وهو بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالالزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان شهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما أنه حظ من الماء فهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد عليه

أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع) فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى أرضا لم يكن له شرب فينبغي أن لا يجوز أجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى أرض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكره في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد أحدهما بشراء أرض بشربها بألف والآخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا لها وانها باعتبار التبعية

قال المصنف (لانه حظ من الماء) أقول فان قيل سلمنا انه نصيب ولكن ليس ذلك النصيب في ملكه وقت البيع وان وجد في أرضه فالماء ليس بملك له فلا يجوز بيعه لا تبعا ولا منفردا قلت لا حاجة الى وجود العين في ملكه للبيع وقت البيع كما في الاستصناع والسلم فيجوز بيعه أما قوله والماء ليس بملك قلنا اذا وجد في أرضه وأتلفه آخر يضمن علم أنه ملكه كذا في شرح شاهان الا أنه مخالف لما ذكره في شرح قول المصنف ولا يجوز بيع المراعي كما سيجيء فليتأمل وسيجيء في آخر كتاب الشرب أنه لا يضمن اذا سقى من شرب غيره

وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفى مسئلتنا الذكر والانثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر فى هذا دون الاصل

وهو أنه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفى هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلى بعد سقوط العلو فانما يكون نظير ما اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كى لا يفسدها فيمره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذى يأخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلى حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق لانه علل المنع فى حق التعلى بأنه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه فى رواية وفى كل منهما بيع الحق لا بيع العين وهو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهى مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين أما حق التعلى فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال وأما فرق المصنف بأن حق التعلى يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى فأشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذاك لان البيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان أشبه المنافع ولذا صحح الفقيه أبو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور (قوله ومن اشترى الى آخره) اذا اشترى هذه الجارية فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبتنى على الاصل الذى تقدم فى المهر انه اذا اجتمع تسمية وإشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها جارية فان المسمى مع المشار اليه جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية أبلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباهها لتلك الذات وغيرها ونحن فى مقام التعريف فيتعلق بما تعريفه أبلغ وحينئذ يبطل العقد لعدم المبيع الذى هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر هنا بقوله فلا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا أن اختلافهما بالصفة فاحش كان أيضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا أنه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشترى فيثبت له الخيار وقول المصنف (والفرق يبتنى على الاصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد) لا يريد أن الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد فى خلافيته فى المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بنى آدم وان كان متحدى الجنس المنطقى وهو الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بعمير داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الآدمى فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدورى عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بنى آدم كالذكر والانثى من غيرهما فحكم بجواز البيع وأجيب بالفرق بفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس فى الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتى وهذا قول المصنف (وهو المعتبر فى هذا دون الاصل) يعنى المعتبر فى انهما جنسان أو جنس واحد تفاوت

وهو البناء فأشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها أما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فأشبه الاعيان والبيع يرد عليها فظهر من هذا أن محل البيع اما الاعيان التى هى أموال أو حق يتعلق بها وفيه نظر لأن السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال (ومن باع جارية فاذا هو غلام) اعلم أن الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت كالاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلى من الحيوانات الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى فى ذلك سواء فالمعتبر فى اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل

قوله ومن اشترى عبارة المصنف ومن باع الخ أفاده العلامة البحراوى وسيأتى نظيرتها ومن اشترى جارية الخ كتبه مصححه

كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد أصلهما لعظم التفاوت والوذاري بكسر الزاي وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هي غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي أبلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بالصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفة

والابلغ في التعريف أقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد رحمه الله اذا باع كبشا فاذا هو نعجة صح البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فانه اذا خرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه أنقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام وأخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد أن الموجود ان كان أنقص من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل واحد منهما وجه أما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضا وأما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد أحد عشر فهو له بلا خيار قال (ومن اشترى جارية بألف درهم) من اشترى شيأ بألف درهم (حالة أو نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن)

كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما قال (ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني)

الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي ولذا قالوا (الخل مع الدبس جنسان) مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزندنيجي كذلك) والوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير كما اذا باع (٣) عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أولا في ثبوت الخيار كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب آخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا ما ليس غرضا له الآن وكأن مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فانه يفيد أن حاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف (قوله ومن باع جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن) بمثل الثمن أو أكثر جاز وان باعها من البائع بأقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشترى عبده أو مكاتبه ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر ولو اشترى وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم أن يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن أبي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل أو وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه تختلف المسببات وبقولنا قال مالك وأحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع بأقل من الثمن

---

(٣) قوله كما اذا باع الخ كذا في النسخ ولعلها نسخة وقعت للكمال اه مصححه

قال المصنف (والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما) أقول الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارى كذا في المغرب

فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة على الثمن الاول أو بالعرض وقيمته أقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من أوجه اما أن يكون من المشترى بلا واسطة أو بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا أعنى سواء اشترى بالثمن الاول أو بانقص أو با كثر أو بالعرض والاول اما أن يكون بأقل أو بغيره والثاني بأقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رحمه الله جوزه قياسا على الاقسام الباقية وعلى ما اذا باع من غير البائع فانه جائز أيضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول أما الاثر فما قال محمد حدثنا أبو حنيفة يرفعه الى عائشة رضى الله عنها أن امرأة سألتها فقالت انى اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضى الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغى زيد بن أرقم ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت عليه قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجزية الافعال لا تعلم بالرأى فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وأن زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان فى المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان أحدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز أن يقال الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو أجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها (٢٠٨) جواز البيع الى العطاء وهو مذهب على رضى الله عنه فلا يكون كذلك ولأنها كرهت العقد الثانى حيث قالت بئس ما شريت مع عرائه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لأنهما تطرقا به الى الثانى فان قيل القبض غير مذكور فى الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف فى المبيع قبل قبضه أجيب بأن تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما فى تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد أجيب بأن الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا وأما الثانى فهو ما قال ان الثمن لم يدخل فى ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بين الثمنين بقى له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربا فلا يجوز بخلاف ما اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربا وبخلاف ما اذا اشترى بأكثر فان الربح هنالك يحصل للمشترى والمبيع قد دخل فى ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعروض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشترى ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل فى مقابلة الجزء الفائت الذى احتبس عند المشترى وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها أقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفى الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشئ الواحد فيثبت فيه شبهة الربح

وقال الشافعى رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضى الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغى زيد بن أرقم ان الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل فى ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

وكذا لو باعه بعرض قيمته أقل من الثمن (وقال الشافعى رحمه الله يجوز) كما كان كما لو باعه من غير البائع بأقل من الثمن أو منه بمثل الثمن الاول أو أكثر أو بعرض قيمته أقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق فى الاصول التى عينها وتقييده بالعرض دون أن يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته أقل لانه لو باعه بذهب قيمته أقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس آخر بالنسبة الى الدراهم ووجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب انه مقتضى الوجه ذلك ولكن فى التفاضل عند بيع أحدهما بعين الآخر اجماع (ولنا قول عائشة) الى آخره ما نقله المصنف عن عائشة

(قوله والثانى بأقسامه جائز بالاتفاق مطلقا) أقول الامن وارثه نص عليه الاتقانى وغيره (قوله فقالت عائشة بئسما شريت) أقول أى بعت فان الشراء من الاضداد قال المصنف (ان الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم) أقول هذا على سبيل التوبيخ والتهديد (قوله فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به) أقول قوله فلا يكون أى الوعيد قوله لذلك أى لكون البيع الى العطاء قوله تطرقا به أى بالبيع الى العطاء (قوله دليل على انه للربا لا لعدم القبض) أقول فيه بحث

عائشة يفيد أن المرأة هي التي باعت زيدا بعد أن اشترت منه وحصل له الربح لان شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وهو رواية أبي حنيفة فانه روى في مسنده عن أبي اسحق السبيعي عن امرأة أبي السفر ان امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها ان زيد بن أرقم باع مني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت أبلغيه عني ان الله أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ففي هذا أن الذي باع زيد ثم استرد وحصل الربح له ولكن رواية غير أبي حنيفة من أئمة الحديث عكسه روى الامام أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي اسحق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن ارقم فقالت أم ولد زيد لعائشة اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا فقالت أبلغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن تتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت وهذا فيه أن الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا أن عند أم المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالرأي والمراد بالعالية امرأة أبي اسحق السبيعي التي ذكر أنها دخلت مع أم الولد على عائشة قال ابن الجوزي قالوا ان العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امرأة أبي اسحق السبيعي سمعت من عائشة وقولها بئس ما شريت أي بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس أي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال أخبرنا معمر والثوري عن أبي اسحق عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة فسألتها امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة الى قولها الا أن تتوب وزاد فقالت المرأة لعائشة أرأيت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال إن قول عائشة وردها لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باعه وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر فبطل الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع بأقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين ولذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد أورد عليه تجويز كون انكار عائشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر في كونها الاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة أرأيت ان أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل كان هذا مع التوبة فتلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن في

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة) هذه من فروع المسألة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا قال البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى بأقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعهما بألف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها في جامعيهما العلمان في الاتقان شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسألة الموضوعة في الكتاب كما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة يصيب كل واحد منهما أكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور وأجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه أنا لو جعلناه بازاء ما باعها ألفا جاز وان جعلنا الفا القارصية جاز ولم يجز وليس البعض بالحمل عليه أولى من بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على أنه معارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة أو أقل أو أكثر فتتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى وبان كل جهة تصلح أن تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز من جهة علم الترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه والترجيح هنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور اما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة فكيف توضع المسألة بناء على شئ لم يقع بعد ولان أبا حنيفة رحمه الله أبطل اسلام القوهية في القوهية والمروية مع أن فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو أسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي وأما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيانه أن في المشتراة شبهة الربا أن في المسألة الاولى انما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا ألفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا وهي وأما لان الفساد طارئ لوجهين أحدهما أنه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها أن يكون بازاء ما باعه أقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والعقد جائز في العبد لان شمس الائمة قد قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف

قال (ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لانه باعتبار شبهة الربا أو لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة

الربا وأورد عليه طالب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع أمه مفردا لم يوجب الفساد فلم أوجبه هذا النهي أجيب بأن النهي اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع أوجبه وان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع أثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وههنا لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربا حكم حقيقته (قوله ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع) بخمسمائة (قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى) وهذا فرع المسألة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز (و) وجهه (أنه لابد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى) والتي باعها (بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها)

(قوله وبيانه انا لو جعلناه بازاء ما باعها) أقول أنث الضمير الراجع الى الموصول باعتبار كونه عبارة عن الجارية (قوله والاولى أن يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه) أقول فيه بحث ثم اعلم أن الضمير الاول في قوله تقتضيه راجع الى الجواز والضمير الثاني في تقتضيه راجع الى الفساد (قوله وفيه نظر أما أولا فلان كونه مجتهدا فيه الخ) أقول يجوز أن يقال المراد من قوله مجتهد فيه أنه محل للاجتهاد قابل له وقوله بخلاف الشافعي دليل على ذلك فانه لو لم يكن محلا للاجتهاد لم يخالف الشافعي فيه فليتدبر (قوله ومع ذلك تعدى فساد ذلك الخ) أقول وأجيب بان السلم مبناه على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع فيناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه وأجاب في الكافي بجواب آخر فراجعه (قوله لان شمس الائمة قد قال البيع في المدبر) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله والثاني المقاصة) أقول معطوف على قوله أحدهما أنه قابل الثمن

وهي التي ضمت اليها وأورد عليه أن علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصتها اياها أقل من خمسمائة المستلزم لشرائها بأقل مما باع ها بلزم أن لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما أكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا أنه أيضا فاسد أجيب بأن الفساد في هذه لمعنى آخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض في الحمل عليه بأولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وأمثالها حيث يتحرى الجواز فيها التعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا لو صح لزم أن يمتنع ثبوت موجب له موجبات تثبت له دفعة فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيما مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجاريتين وما أبشع قول قائل اذا كثرت جهات الحل بلا معارض يحرم والحق أن بينهما فرقا فان هنالك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد أمكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد دون تحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر أنه الوجه وهو أن من الممكنات أن يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة أقل من خمسمائة واجتمع فيها المحرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى الجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان مذهب أبي حنيفة أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه أولها أن الفساد فيما بعت أولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرنا من مذهب الشافعي فلم يسر للاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر لا يفسد في الآخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو أسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي ولا مخلص منه الا بتغيير تعليل تعدى الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بأنه يجعل الشرط الفاسد في أحدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرط القبوله في المروي فيفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس وكذا اعترف به شمس الائمة بعد أن علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمونة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة أولا كان اعتبارا لشبهة الشبهة وهذا أحسن من تقرير قاضيخان اعتبار الشبهة بأن الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري و بالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة ثالثها ان الفساد في الاول طارئ غير مقارن وله وجهان أحدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طرأ الآن لان الانقسام بعد وجوب الثمن أي بعد وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فلا يتعدى الى الاخرى والآخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضل بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بألف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فتقاصا الخمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة

ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لاشك في طرده

فلا يسرى الى غيرها قال (ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز) لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه قال (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال) فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى لانه ان اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول قول المشترى لانه ينكر الزيادة

وزنه أقل من ذلك أو أكثر فشرط مقدار معين يخالف مقتضاه وان اشترى على أن يزنه ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال (ومن اشترى سمنا فى زق الخ) ومن اشترى سمنا فى زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى لان هذا الاختلاف أما أن يعتبر فى تعيين الزق المقبوض أو فى مقدار السمن فان كان الاول فالمشترى قابض (والقول قول القابض ضمينا) كان كالغاصب (أو أمينا) كالمودع وان كان الثانى فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن (فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة) والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف فاوجه العدول الى الحلف أجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمنى لوقوعه فى ضمن الاختلاف فى الزق والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائى فى الثمن انما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما مدع عقدا آخر وأما الاختلاف بناء على اختلافهما فى الزق فلا يوجب اختلافهما فى العقد فلا يوجبه

تبع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى فيفسد عندهما فهو طارئ فلا يظهر فى الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحقا فى ثمن أحدهما أجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا ما نحن فيه وأورد ينبغى أن يفسد العقد فى الآخر لمعنى آخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه أولا شرطا لقبوله فى الآخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا الا ترى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول أو خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذى باعه ولا يتعدى الى العقد الثانى وفى المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل آخر جاز من الاجنبى فى نصفه ولو ولدت الجارية عند المشترى ثم اشتراهما منه بأقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشترى ثم اشتراها منه بأقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه (قوله ومن اشترى زيتا فى ظرف) صورتها فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أنه يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على أن تطرح عنى وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فان البيع حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين لان زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشترى وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا فى مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما فى الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه بزقه فبلغ مائة وقبضه المشترى فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة (لان هذا) الاختلاف (ان اعتبر اختلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع ولان البائع يدعى عليه زقا آخر والمشترى ينكر الزيادة وان اختلفا فى قدر السمن المقبوض فمرجعه خلاف فى قدر الثمن (فالقول قول المشترى لانه ينكر الزيادة) واستشكل بمسئلتين احداهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشترى ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتى فى باب التحالف والثانية ان الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشترى على تقدير اعتباره اختلافا فى الثمن أجيب عن الاول بأنهما مع هذه طرد فان كون القول للمشترى لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانى بأن التحالف على خلاف القياس فيما عند ورود الاختلاف فى الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أولا فلا

قال المصنف (ومن اشترى سمنا فى زق فرد الظرف) أقول ذكره استطرادى فانه ليس من مسائل البيع الفاسد

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر اوشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه

يوجب التخالف (قوله واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر اوخنزير أوشرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أوخنزير وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرمها حرم بيعها وأكل ثمنها وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليةغيره فيه وهذا معنى قول المصنف (الموكل لا يليه فغيره لا يوليه) بنصب غيره لانه مفعول مقدم ليوليه كما انه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه اياها (ولان ما يثبت للوكيل) من الملك (ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشر) الشراء أوالبيع (بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان الوكيل) في البيع (يتصرف بأهلية نفسه) لنفسه حتى لا يلزمه أن يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب عليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل أهل لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خمر أوخنزير خلفه ذمي ورجع أمره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا تبيع الام عرض الولد ووصيها يبيعه اذا لم يكن من ميراثها فان قيل ان قلت ان تملك المسلم لهما يثبت جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه أو عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا نختار الثاني ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط وانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسببا عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي أن يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويريق الخمر أو يخللها بقي تصرفا غير معقب لفائدته وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن أبي حنيفة

قال (واذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمرا وشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما) وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال أبو حنيفة المعتبر في هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وأهلية الموكل فالاولى أهلية العاقد وهي أهلية التصرف في المأمور به وللنصراني ذلك والثانية أهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم ألا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة أمر جبري والتوكيل اختياري فأنى يتشابهان لان ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري كذلك تثبت بدون اختياره كما في الموت ألا ترى أن المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبتت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه لنفسه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا أمر ذميا ببيع خمر اوخنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه و بالذمي اذا أوصى لمسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع فان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير

قال المصنف (كما اذا ورثهما) أقول وصورة ارثهما بان كانا لذمي فأسلم فمات قبل التخليل والتسييب فورثهما الوارث (قوله لا يقال الى قوله لان ثبوت الحكم) أقول لان ثبوت الحكم الخ جواب لقوله لا يقال الوراثة الخ

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد) لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط

أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأي فائدة في التحة

(قوله ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط) قال الطبراني في معجمه الوسط حدثنا عبد الله بن أيوب المقري حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة فأعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رضي الله عنه قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في أحكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا أن في المسئلة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فأما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل إلا التخصيص فحمله الشافعي رحمه الله عليه واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فإن النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها إلا الولاء وذكر الأقطع أنها رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت إني عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأخبرت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب إذا رضي بالبيع وفيه إبطال قول من منع بيعه وقال إنما اشترطت عائشة الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو إن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قال إنما الولاء لمن أعتق ورد اشتراطهم الولاء لأنفسهم والعتق من عائشة رضي الله عنها وهذا لا خلاف فيه ولو قال قائل إن الشرط إذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط أن لا يقع عتقك إذا أعتقته يبطل هو دون البيع فإنه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله فيتم البيع كأنه لم يذكر إذ كان خارجا عن طاقة من شرط عليه أمكن ويكون أصل هذا حديث بريرة وأما الحنفية فإنما يخصوه به لأن العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه أسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط وهو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي لأن القاعدة الأصولية أن ما فيه الإباحة منسوخ بما فيه النهي وأما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي رحمه الله ونحن كذلك نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فإن قلت كيف قال الشافعي بإفساد البيع بالشرط مع أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قبيل المرسل عند

قال (ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر أصلا جامعا للفروع أصحابنا وتقريره أن الشرط ينقسم أولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن أو المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم الأول جاز البيع والشرط يزيده وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو بإطلاقه يقتضي عدم جوازه

ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشترى العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى الى الربا أو لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا أن يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده

كثير من أهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد أبيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيما أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف و بيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذى حديث حسن صحيح وروى هذا أيضا من حديث حكيم بن حزام فى موطأ مالك بلاغا وأخرجه الطبرانى من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال فى البيع عن سلف و بيع وشرطين فى بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف فى البيع البيع بشرط أن يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذى شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سيأتى (قوله ثم جملة الامر فيه) أى فى الشرط (انه اما أن يقتضيه العقد) كشرط أن يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد أولا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الاجل فى الثمن والمثمن فى السلم وشرط فى الخيار فكذلك هو صحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها فهو جائز أيضا لما سيأتى وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة أو بأن يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة أو التسمية فهو جائز أيضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا فحضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق لان وجوب الثمن فى ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشترى فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقدا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع فى الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس بما ذكرنا فاما فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها فى داره شهرا أو ثوبا على أن يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط أن لا يبيع المشترى العبد لانه يعجبه أن لا تتداوله الايدى وكذا على أن لا يخرجه من مكة مثلا وفى الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جاز وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز أى لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لان للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لانه له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على أن يبنى بها مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد أما لو كان المبيع ثوبا أو حيوانا غير آدمى فقد خرج الجواز بما ذكرنا فى المزارعة من أن أحد المزارعين اذا شرط فى المزارعة أن لا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد

ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا لا يقال لا تطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جاز أخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بشئ فكان ربا ولانه يقع بسببه المنازعة فى مقصوده فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف فى بيان أسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه

(قوله لانه فى الحقيقة الخ) أقول جواب لقوله لا يقال نهى النبى عليه الصلاة والسلام (قوله لانه معلول الخ) أقول جواب لقوله لا يقال فساد البيع (قوله بجامع كونه شرطا) أقول مفضيا الى الزيادة العارية عن العوض وفيه بحث (قوله لانه مال) أقول جواب لقوله لا يقال لا تطلق الخ وقوله مال أى فى حكم المال

كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراطه منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه لا مطالب لهذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن أبي يوسف أنه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين والجواب أن المعتبر المطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر أن بيع العبد بشرط أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام والشرط يقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس أحدهما من العقد والشرط أولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فبالنظر

الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف بأن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف صح قوله يقيسه لانهما غيران فيصح قياس أحدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكره في المبسوط فلا بد أن يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشئ على نفسه وبيان الحاقه بالدلالة أن بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة فقالت إن شئت عددتها فعومات

لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي على ما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة أن تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها أن تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة وأعتق النسمة صارت كأنها اسم لما هو بعرض العتق

وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف (وهو الظاهر من المذهب) لانه اذا لم يكن من أهل الاستحقاق (انعدمت المطالبة) والمنازعة (فلا يؤدي الى الربا) وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يدبره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في أحد قوليه فيصححه ثم ان أعتقه المشتري فذاك والا فخير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه وفي قول آخر يجبر قال المصنف (ويقيسه) الشافعي (على بيع العبد نسمة) ثم فسره (بأن يبيعه ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه ذلك) وعلى تفسير المصنف هذا تتحقق صورة القياس وأما على تفسيره بأن يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا أن قوله لا أن يشترط فيه يفهم من قوته أن تفسيره بما ذكر يخالف تفسير الشافعي بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بأنه حينئذ لا قياس قال (والحجة عليه ما ذكرناه) يعني من الحديث والمعنى وأنت علمت أنه يرجع الى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة أصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شئ ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه أصلا للقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا أعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة وأعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق

(قوله فلا بد أن يفسر قول المصنف) أقول كيف يستقيم هذا الكلام بعد ما فسره المصنف بما فسره (قوله وبيان الحاقه بالدلالة) أقول فيه تأمل

فلوأعتقه المشترى بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابى حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ماذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشئ بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال (وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أودارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى درهما أو على أن يهدى له هدية) لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل (قوله فلوأعتقه المشترى الخ) هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو أن المشترى بهذا الشرط لوأعتقه بعدما قبضه عتق ثم عند أبى حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لوأعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد أن ملكه بالقبض فى بيع فاسد (فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر) من موت أو قتل أو بيع أو هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو أوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابى حنيفة أن شرط العتق) وان كان (لا يلائم العقد على ماذكرناه) يعنى قوله لان قضية العقد الاطلاق فى التصرف والتخيير الى آخره (ولكنه من حيث حكمه) وهو ثبوت الحرية (يلائمه لانه) أى العتق (منه للملك) الذى هو أثر البيع (والشئ بانتهائه يتقرر) وجوده والفاسد لا تقرر له فكان صحيحا (ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب) اذا اطلع عليه بعد أن اعتقه بخلاف ما اذا تلف بوجه آخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهته المفسدة ولذا لومات لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه فى افساد العقد وتصحيحه وكون شئ آخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذى وقع مفسدا ملائما وأما شرط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشترى أو استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه بتيقن امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر الفساد وأورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغى أن يكون العقد صحيحا فى الابتداء عند اشتراطه أجيب بأنه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعملنا فى الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى أمة بشرط أن يطأها المشترى أو لا يطأها فالبيع فاسد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يجوز فى الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطء لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لما لابى يوسف والثانى ان لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له (قوله وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أودارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشترى دراهم أو على أن يهدى له هدية) أو ثوبا على أن يقطعه المشترى قيصا أو قباء فهو فاسد (لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين)

فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا فى المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند أبى حنيفة وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشترى بما شرط أو لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية (ولابى حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ماذكرناه) من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق (ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهى للشئ مقرر له ألا ترى أن العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب) فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين أن ينقلب جائزا بوجود الشرط (فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فيرجح جانب الجواز) عملا بالدليلين وتأمل حق التأمل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهى أن هذا الشرط فى نفسه إما أن يكون فاسدا أولا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثانى كان العقد به فى الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد فى الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا أتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهى بها بيقين لاحتمال قضاء القاضى بجواز بيع المدبر وأم الولد والمكاتب مخير فى الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشترى الى ملك غيره كما فى الاعتاق والموت قال (وكذلك اذا باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا الخ) البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن يكون اجارة فى بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة فى بيع وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن صفقتين فى صفقة

وقد ورد فى عين بعضها نهى خاص وهو (نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف) أى قرض ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى فقال (ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شئ من الثمن) بأن يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء أجرة الخدمة والسكنى (يكون اجارة فى بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة فى بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة) فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه أحمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله ابن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة أما ثبوته فقد رواه البزار فى مسنده عن اسود بن عامر واعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام وأما معناه فقد فسره المصنف بما سمعت وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقة فى الصفقتين ربما تؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادرا من تفسير أبى عبيد وأكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس فى معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين فى بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم فى الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا أخص منه فانه فى خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعى بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا فاذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفى فتاوى الولوالجى لو قال بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضنى فلان الاجنبى عشرة دراهم فقبل المشترى ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الأجنبى لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشترى أو بطريق الزيادة فى الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس فى ذمة المشترى فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثانى لانه لم يقل على أنى ضامن واذا لم يلزم الأجنبى لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط فى البيع على المشترى وقد سلم له ذلك وفى الفتاوى الصغرى قال بع عبدك من فلان على أن الثمن على والعبد لفلان حكى عن أبى الحسن الكرخى أنه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص ﴿فروع﴾ باع أمة بشرط أن يطأها المشترى أو أن لا يطأها فسد البيع عند أبى حنيفة فيهما لما ذكر من أن مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين أحد الجائزين وعند أبى يوسف يفسد فى الثانى لما قلنا ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان فى الشرط ضرر كان شرط أن يقرض أجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدورى أنه يفسد ولو لم تكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط أن يأكله أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز وذكر الامام قاضيخان العقود التى يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفى الخلاصة التى تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والاجازة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل فى رواية شرح الطحاوى وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار

ولم يستدل بالحديث لان المراد بهذا المذكور وانما قال على أن يقرضه المشترى درهما احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضنى فلان الاجنبى ألف درهم فقبله المشترى صح البيع لانه لم تلزم الاجنبى لا ضمانا عن المشترى لانه ليست فى ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة فى الثمن لانه لم يقل على أنى ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشترى لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف وأيضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين فى صفقة كما ذكره فى المتن

والوقف

فيصير ذكره شرطا فاسدا (قوله غير أن المفسد في الكتابة) استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه أن الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل وأما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا تصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه وأما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من (٢٣٠) قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص أن الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله عليه

فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما تمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي (شرطا فاسدا) وفيه نفع للبائع (والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة) والأحسن أن يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة أثر المشابهة وتعلل المشابهة بأنها عقود معاوضات الا أن المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد مثل أن يكاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهه الاعتاق والنكاح من حيث إن أحد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح وهما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكائن في صلب العقد ولا في غيره (و) أما (الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط فـ(لا تبطل باستثناء الحمل) فلو قال وهبتك أو تصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها أو تزوجت على هذه الجارية أو اخلعني عليها الا حملها أو اجعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص أنها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى بشرط عود المعمر فتصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر وأما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء (حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها) بأن أوصى بجارية الا خدمتها أو الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء (لان الميراث لا يجري في الخدمة) والغلة بانفرادها حتى لو

وسلم أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء وأما الثالث فكالوصية اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث أما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد وأما صحة الاستثناء فلما ذكر أن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تأويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بأنه يلزم من ذلك أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بأن قال أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب أن يصح استثناؤه أوصى

وأجيب بأن هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم أن الوصية عقد ألا ترى أنه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بأن مات الموصى له قبل القبول فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا ولقائل أن يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده بالعقد فما الفرق بينهما والجواب أنا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما أن تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح أن يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه

(قوله والميراث يجري) أقول ان أراد انه يجري فيه تبعا لامه فلا يفيد وان أراد جريانه بطريق الاستقلال فظاهر انه ليس كذلك فليتأمل في دفعه

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد) قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب

أوصى بخدمة الجارية أو غلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود الى ورثة الموصي بخلاف ما لو أوصى بحمل جاريته لآخر حيث يصح ويكون حملها له وأورد على الاصل أن الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب أن يصح استثناؤها أجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم كل ما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة ولم يلزم كل ما لا يصح ثمنا لا يصح أجرة وبأن الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا (فروع) باع صبرة بمائة الا عشرها فله تسعة أعشارها بجميع الثمن ولو قال على أن عشرها لي فله تسعة أعشارها بتسعة أعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد أنه بجميع الثمن فيما روي عن أبي يوسف لو قال أبيعك هذه المائة شاة بمائة على أن هذه لي أو ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بألف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بألف وخمسمائة لان المعنى باع نصفه بألف لأنه الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عين بيعه بخمسمائة ولو قال على أن لي نصفه بثلثمائة أو مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على أن لا طريق للمشتري في الدار وعلى أن بابه في الدهليز يجوز ولو زعم أن له طريقا فظهر أن لا له يرد ولو باعه بألف دينار الا درهما أو الا ثوبا أو الا كر حنطة أو هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على أن لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لأنه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على أن بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على أنهما جنسان كما لو باعه ثوبا على أنه هروي فظهر بلخيا ولو باع الارض على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشتراها بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع بعلوها وسفلها فظهر أن لا علو لها ومثله لو اشترى بأجذاعها (قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد) باجماع الائمة الاربعة (لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين في صفقة على ما مر) من امتناع الصفقتين في صفقة الا أن هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع (قوله ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع) المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله ويمكن أن يراد حقيقته أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لأن يشتري أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل (فالبيع فاسد قال) المصنف رحمه الله (ما ذكره) يعني القدوري (جواب القياس ووجهه ما بيناه) من أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين (وفي الاستحسان يجوز) البيع ويلزم الشرط (للتعامل) كذلك ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه أي على أن يسمر له سيرا (وصار كصبغ الثوب) مقتضى القياس منعه لأنه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة

قال (ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع الخ) قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكأنهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال (ومن اشترى نعلا) حذا النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما واشترط أن يحذوه أو نعلا على أن يشركها البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيناه أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده

قال المصنف (ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو يشركها فالبيع فاسد) أقول أراد بالنعل الصرم تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه كذا في شرح الكافي وضمير يشركها للنعل بمعناه الحقيقي على طريقة الاستخدام

والتعامل جوزنا الاستصناع قال (والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة فيه

لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع (والبيع الى النيروز) معرب نوروز أول يوم من الربيع (والمهرجان) معرب مهركان يوم في طرف الخريف (وصوم النصارى وفطر اليهود) ومعناه تأجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان (لجهالة الاجل) المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة أي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع (وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز (لان مدة صومهم بالايام معلومة) وهي خمسون يوما فلا جهالة

في استئجار الصباغ والظئر والابن آلة فعلهما (وللتعامل جوزنا الاستصناع) مع انه بيع المعدوم ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة بشرط ان يبطن لها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا وما تقدم كان المشروط معدوما فيشترط أن يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على أنها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان وأصحهما يصح وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي أما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا أن يظهر أن المشتري يريدها للظئورة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض أن المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما أو زيتونا أو حنطة على أن فيها كذا دهنا أو يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة أنها حلوب أو لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه أن لا يجوز لوقوع المنازعة في أن معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار أو أكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على أن يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شئ يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على أجنبي فهو باطل وكل شئ يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على أجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بمائة على أن يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء أخذه بمائة وان شاء ترك وعن أبي يوسف لو اشترى على أن يهب البائع للمشتري أو لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على أن يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لأن حاصل هذا حط طة مشترطة ومآلها الى الشراء بالثمن الانقص ولو باع رقبة الطريق على أن له حق المرور أو السفل على أن له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على أنه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال نصفيهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريك في نصفه ومقتضى النظر أن يجوز الاول أيضا لانه في الحاصل بيع أحدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بألف الا نصفه بستمائة فقد باع نصفه بأربعمائة (قوله والبيع الى النيروز) وهو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس (وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل) وعرف بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع بجهالة الاجل وبقوله (اذا لم يعرف الى آخره أن الفساد) بالتأجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في أن ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل أن المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال (أو كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة) وهي خمسة وخمسون يوما واعلم أن كون التأجيل في

 والدياس أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب

قال (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها ولانه معلوم الاصل ألا يرى انها تتحمل الجهالة فى أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف أولى بخلاف البيع فانه لا يتحملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه

الثمن اذا كان الاجل معلوما وفى الثمن الدين أما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذى ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على أن لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله (لابتنائها على المماكسة) المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس فى معناه وهو موجود فى البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة فى البيع لوجود موجبها فى الجملة وعند جهالة وقت القبض تحصل أخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصلح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة (ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد) بفتح الحاء وكسرها (و) مثله (القطاف) وهو للعنب (والدياس) وهو دوس الحب بالقدم لينقشر وأصل الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت ياء لكسرة قبلها (والجزاز) أى جز صوف الغنم (لانها تتقدم وتتأخر) وذكر شمس الائمة أن المراد به جزاز النخل (ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة اليسيرة مستدركة) أى قريب تداركها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة فى الكفالة لانها عقد تبرع مبنى على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة فى موضع لا يدل على أن يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا ألا ترى أن الصداق يتحمل الجهالة بحيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الآجال سؤال أجنبى عن هذا المحل ثم أجاب بأن الاصح صحة هذه الآجال فى الصداق خلافا لقول البعض انه لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة فى الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الآجال ويجاب بما ذكر وقوله (لاختلاف الصحابة) أخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من أجازها كعائشة رضى الله عنها أجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه أخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا فى عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين فى ميعادهم فى صرفه وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فأهدرته عائشة واعتبره ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد فى التقدم والتأخر والفاحشة هى ما يكون التردد فى نفس الوجود كهبوب الريح وقوله (ولانه معلوم الاصل) أى ولان الدين معلوم فأعاد الضمير عليه لانه للكفالة اذ يستلزم دينا يعنى الاصل وهو الدين معلوم والجهالة فى وصفه وهو كونه مؤجلا الى كذا الذى قد يتقدم ويتأخر وقوله (ألا يرى الى آخره) ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله أنه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة فى مثلها وبأن الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا فى الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى أولوية صحة هذه الآجال فى الكفالة بأن بعض الكفالة تحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فلأن يحتمل جهالة الوصف فيه أولى (بخلاف البيع فانه لا يحتملها فى أصل الثمن فكذا فى وصفه) فاتجه عليه أن يقال لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو أخف لان الاصل أقوى أجيب بأن الاشتراك فى العلة يوجبه فى الحكم وعلة عدم تحملها فى الاصل الافضاء الى المنازعة

من الدوس وهو شدة وطء الشىء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتأخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة (لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة ألا يرى انها تحتمل الجهالة فى أصل الدين بأن يكفل بما ذاب على فلان ففى وصفه أولى) لكون الاصل أقوى من الوصف (وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيها) فعائشة رضى الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتأخر لكونها يسيرة وابن عباس رضى الله عنهما منعه ونحن أخذنا بقوله وهذا قد يشير الى أن الجهالة اليسيرة ما كانت فى التقدم والتأخر والفاحشة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة فى أصل الثمن لم يكن محتملا لها فى وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل أصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل أقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه وأجيب بأن المانع من تحمل أصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود فى جهالة الوصف فيمنعه

وإذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تأجيل الدين (وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة) لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال) أعنى النيروز والمهرجان الى آخر ماذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الأجل فى النكاح يعنى على أصلكم وأما على قول زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما تقدم فى النكاح وهو استدلال (٢٣٤) من جانب زفر بما يقل به وليس على ماينبغى وقد قررناه فى التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا أسقطه ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت فى ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد أجاب بأن هذه الجهالة فى شرط زائد وهو الاجل لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ماذكرت فان الفساد فيه فى صلب العقد واعترض بأنه اذا نكح بغير شهود ثم أشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد فى صلب العقد واذا باع الى أن يهب الريح ثم أسقط الاجل لا ينقلب جائزا وأجيب عن الاول بأن الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوى كما لو كان فى صلب العقد ألا ترى أن من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثانى بأن هبوب الريح ليس بأجل لان الاجل مايكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه (قوله وبخلاف النكاح) جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره أنا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى أجل متعة وهى عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا فانه

بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل فى الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد (ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل فى النكاح الى أجل) ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد لان الفساد فى صلب العقد وبخلاف النكاح الى أجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح

وهو موجود فى جهالة الوصف ثم أفاد أن ماذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الآجال هو اذا ذكرت فى أصل العقد أما اذا عقد بلا أجل وهو قوله (بخلاف ما اذا باع مطلقا) أى عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا (ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات) فانه يجوز فالتأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه فى صلب العقد فانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد (قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا على اسقاط الاجل) قبل أن يجىء بأن أسقطاه (قبل أن يأخذ الناس فى الدياس والحصاد وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) كما جاز اذا عقد بلا أجل ثم ألحق هذه الآجال (وقال زفر لا يجوز) وتقييده بهذه الآجال لاخراج نحو التأجيل بهبوب الريح ونزول المطر فانه لو أجل بها ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله ان العقد فاسد (فلا ينقلب جائزا كاسقاط الآجل فى النكاح الى أجل) وكالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا (ولنا) أن هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس فى صلب العقد بل فى اعتبار أمر خارج هو الاجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضى للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضى فاذا زال المانع قبل وجود مايقتضى سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجىء الوقت ظهر عمل المقتضى وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ماقاس عليه من الاشهاد المتأخر فان عدم الاشهاد عدم الشرط وبعد وقوع المشروع فاسدا لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير مانحن فيه أن يتوضأ قبل عدم المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة وأما النكاح الى أجل فليس هو عقد النكاح بل عقدا آخر لا وجود له فى الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم (لان الفساد فى صلب العقد) والذى يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بألف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا فى آخر الصرف اللهم الا أن يقال هو تبع للالف الثمن فى بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد اذ لا مستتبع هنالك هذا والحاق زفر بالنكاح الى أجل بطريق الالزام

قال المصنف (وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضا) أقول لفظ أيضا من كلام صاحب الهداية قال المصنف (ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه) أقول يعنى على أصلكم أما عند زفر فالنكاح الى أجل جائز والشرط باطل كما مر فى النكاح

(قوله في الكتاب) أي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أوشاة ذكية وميتة الخ) اذا جمع في البيع بين حر وعبد أوشاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا أعني سواء فصل الثمن أولم يفصل عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل أن يقول اشتريتهما بألف درهم كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر رحمه الله فيهما) أي في العبد والمدبر أو في الجمعين جميعا (ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر أجيب بأنه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى أن القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة

وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال (ومن جمع بين حر وعبد أوشاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة

من جمع بين الحر والعبد في البيع (لزفر الاعتبار بالفصل) الاول يعني بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد اذا سمى لكل ثمنا أن الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية وأخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد أصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد

فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله (وقوله في الكتاب تراضيا) أي قول القدوري في مختصره (قوله ومن جمع بين حر وعبد أوشاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) سواء فصل ثمن كل واحد أولم يفصل (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد) بما سمى له وكذا في الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول أبي حنيفة قال مالك وعن الشافعي وأحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا باع دنين خلا فاذا أحدهما خمر (ولو جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره) ولم يفصل الثمن (صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر) وأجمعوا أنه لو باع عبدين فاستحق أحدهما لا يبطل البيع في الآخر (لزفر الاعتبار بالفصل الاول) وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع أنه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق أن الكل من حيث هو كل ليس بمال (ولهما) في الاول (أن الفساد لا يتعدى) محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لأنه حينئذ بلا موجب لأن كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا وصار كالو جمع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لأن الفساد حينئذ في القن لجهالة ثمنه (ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين) أعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية وأخته والمدبر والعبد (أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا والبيع صفقة واحدة)

فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه نظر أما أولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد وأما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا وأما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما فالا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر وأجيب عن الاول بأن الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر البيع أو الشراء وقد تقدم في أول البيوع وعن الثاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل فكأنه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم الى خمسمائة أخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربا

وعن الثالث بأن الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون فيما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما (قوله بخلاف النكاح) جواب عن قياسهما على النكاح بأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله أما البيع فى هؤلاء متصل بقوله لان الحر لا يدخل تحت العقد وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانما باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان (قوله ولهذا ينفذ) يجوز أن يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع فى عبد الغير موقوف على اجازته وفى المكاتب على رضاه فى أصح الروايتين وفى المدبر على قضاء القاضى وكذا اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد نفذ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء فى فصل مجتهد فيه فينفذ فقد عرف ذلك فى أصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال فى أول الباب وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضى بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز أن يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضى لا ينفذ فى غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا فى العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع وهذا وحده أى الرد بالاستحقاق لا يكون الا فى البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض بقى العقد فى الباقى بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا أى الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم فى المبيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيه أى فيما اذا جمع بين القن والمدبر

فكان القبول فى الحر شرطا لبيع فى العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة وأما البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ فى عبد الغير باجازته وفى المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله الا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل فى أحدهما بعد جعل قبول العقد فى كل شرطا فى بيعه الآخر فقد شرط فى قبول العقد قبوله فى الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد (بخلاف النكاح فانه لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء فموقوف) على القضاء فى المدبر ورضا المكاتب فى الاصح خلافا لما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف واجازة ذلك الغير (فقد دخلوا فى العقد لقيام المالية) على قول بعض المجتهدين فى أم الولد أيضا فدخلت أيضا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف (الا أن المالك) أى مالك العبد المضموم الى عبد البائع (باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع) بعد وجوده فيما يقبله وهذا فى أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على ان اجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظرا الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول عبيدة لعلى رضى الله عنه لما قال بدا لى رأى ان يبعن فقال رأيك فى الجماعة أحب الينا من رأيك وحدك ظاهر فى أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها أو كلهم الا عليا وقد ذكر الكرخى رجوع أبى يوسف فى مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما سيجىء فى الصرف فاستدلوا به على رجوعه فى هذه المسائل اذ الفرق بينهما لا يتضح كذا فى المبسوط قيل ينبغى أن يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبى حنيفة لضعف الفساد فى متروكها للاجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف فى تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما فى الذخيرة أن البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقى كانت الصفقة متحدة هو على قول أبى حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا أجيب بمنع اشتراط النفع فى افساد الشرط أولا وليس بشئ ثم لو سلم ففيه نفع لأن فى قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله (وكان هذا) يعنى رد البيع (اشارة الى البقاء) يعنى دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح واذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين وهلك أحدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه

﴿فصل في أحكامه﴾ واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه أثرا ثابتا به يعقبه ذكر أحكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غير مامر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير (واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) يعني باذنه (وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة) ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيأ وان اتصل به القبض وأمر البائع يعني به الاذن في القبض أعم من كونه صريحا أو دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو أن يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقا وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى أهل العراق فانهم يقولون

﴿فصل في أحكامه﴾ واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية

وحده وتجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر وما معه محلا للبيع لم يكن جمعه مع القن يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع ﴿فروع﴾ في الكافي جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع كرما فيه مسجد قديم ان كان عامرا يفسد البيع والالا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء أمسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميزا لزمه الدار بحصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد جامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما وأرضا ساحة لا بناء فيها بعد أن يكون أصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد الا ان كان من ريعه معلوم يعاد به ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز البيع

﴿فصل في أحكامه﴾ قال (واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع) صريحا أو دلالة كما سيأتي (وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته) ومعلوم أنه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه (وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه) أي البيع الفاسد (محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية (ولهذا) أي لكونه غير مشروع (لا يفيد الملك قبل القبض) ولو كان مشروعا ثبت قبله كما في البيع الصحيح (وصار كما اذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم) فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك الا لانتفاء مشروعية السبب (ولنا ان ركن العقد صدر من أهله في محل ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية

المبيع في البيع الفاسد يملك التصرف لا يملك العين وقد تقدم الكلام فيه (وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور) والمحظور (لا تنال به نعمة الملك) لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لابد منها (ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد) بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا (ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم) أو الدنانير أو بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا أن البيع الفاسد مشروع بأصله

﴿فصل في أحكامه﴾ (قوله والبيع عندنا الخ) أقول أي ما يطلق عليه لفظ البيع (قوله غير مامر) أقول في أول البيع (قوله بخلاف الصريح) أقول هنا نوع مسامحة (قوله وقيد أن يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها) أقول ذكره بعد ورقة تخمينا وهو قوله وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع الخ (قوله وقد تقدم الكلام فيه الخ) أقول في أوائل البيع الفاسد قال المصنف (ولان النهي نسخ للمشروعية) أقول جوابه وبالله العون ان أراد بالمشروعية ترتب الثمرات المطلوبة من المنهي عنه عليه شرعا فلا نسلم ذلك ولا نسلم التضاد من النهي والمشروعية بهذا المعنى كيف وهو أول المسئلة وان أراد بها الأذونية شرعا فمسلم ولا يلزم من انتفاء المأذونية شرعا انتفاء ترتب الاحكام فليتأمل (قوله أو بالميتة) أقول ظاهره عطف على بالدرهم فلا يوافق المتن اذ لا تخصيص فيه للميتة بجعلها ثمنا للخمر بل عام (قوله ولنا ان البيع الفاسد مشروع بأصله الخ) أقول لعل قوله مشروع مجاز عن مفيد الملك بقرينة آخر كلامه ليوجد التلاؤم بين كلاميه فليتأمل

لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من أهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب وبين أن يأتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه أتم واعترض بان (٢٣٨) المحظور في البيع وقت النداء مجاور وأما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وأيضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد وأجيب بأن غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم والمجاور مجاورا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك

وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

(وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام) أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قوله (نعمة) الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه أثبت حكمه وأثمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسخ للمشروعية يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم أو لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا أخذا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته وأما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ (النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور) يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد فانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصوره شرعيا أي مأذونا فيه شرعا فممنوع وان قالوا نريد تصوره مشروعا بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله يعني البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع بأصله أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيأ وحينئذ فقوله (فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك) يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا ينال به نعمة الملك فيحتاج لما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى آخر ما ذكرنا وأما (قوله وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء) فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع

قال المصنف (وركنه مبادلة المال بالمال) أقول يعني حقيقته والا فركنه الايجاب والقبول أو ما دل على ذلك قال المصنف (وفيه الكلام) أقول أي الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مالان قال المصنف (والنهي) أقول معارضة للدليل الثاني قال المصنف (يقرر المشروعية) أقول بمعنى ترتب الاحكام المطلوبة منه عليه شرعا لا بمعنى المأذونية شرعا قال المصنف (لاقتضائه التصور الخ) أقول يعني تصوره موجود شرعا تصورا مطابقا للواقع فاذا كان موجودا شرعا يترتب عليه الآثار والاحكام المطلوبة اذ هو معنى الوجود الخارجي على ما بين في موضعه قال المصنف (فنفس البيع) أقول مع قطع النظر عن وصفه قال المصنف (مشروع) أقول أي مأذون فيه فقوله فنفس البيع مناقضة واشارة الى الجواب عن دليل الشافعي والفاء ليست للتفريع بل عاطفة للتعقيب الذكري (قوله قد يكون النهي مانعا عن ذلك) أقول أي عن المشروعية (قوله لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي) أقول قوله مقتضى النهي حال

وقت

(قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقريره ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بأنه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفد بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبأنه لو أفاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والا لزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على أني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم أن يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط أهدر الغير أعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها (قوله ولان السبب) دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد (قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم) لان القبض شبيها بالايجاب فصار كأن ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضده العقد من القبض (قوله والميتة ليست بمال) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في أوائل البيع الفاسد وأراد به ما قاله وأما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وفي شيء آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه هنالك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فاذا قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابلها الدراهم أو الدنانير في البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور المبايعات

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا

وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا أني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع انها مقصودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نية ان يصير خمرا وبائعها وآكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا ان نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمرا أو خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وان كان ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله أعلم وقوله (وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى آخره) جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فأجاب وحاصل الوجه فيه انا قد أريناك انه بسبب محظور وان ما هو بسبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان ترتب حكمه كما أمر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث أمرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف ورأينا حكم السبب قد يتأخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فأخرناه الى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله (كي لا يؤدي الى تقرير الفساد) أي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيده وجودا مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله (وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه) يريد ما قدمه من بطلان البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله (وشيء آخر) أي وجه

(قوله لانهما من مواجب العقد) أقول الظاهر أن يقول من مواجب الملك الا أنه أراد بالعقد الملك الثابت به مجازا كما في رعينا غيثا (قوله والجواب عن الاول أنه ممنوع الخ) أقول لا يرد عدم ثبوت الملك بالقبض في البيع الباطل لكونه كلاما على السند (قوله لان الشرط أهدر الغير) أقول وللخصم أن يقول ان الفساد أهدر الغير أيضا (قوله فان القبض يوجب الضمان) أقول ان أراد بعد الهلاك فمسلم وليس الكلام فيه وان أراد حين قيام المبيع أو أعم فممنوع بل الواجب رد عينه فلا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص ولو صح ما ذكره لملك المغصوب بالقبض لجريان ما ذكره فيه فليتأمل فان جواب النقض يظهر مما سبق في باب خيار الشرط من قوله حكما للمعاوضة والمقام بعد محل كلام

ثم شرط أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا أنه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه فى مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد يصح استحسانا وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفى الثمن

آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا تكون الا دراهم أو دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع فى سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيع ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع فى الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع فى بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعا وثمنا كالقيمة التى يدفعها المشترى (ثم شرط) فى الملك (أن يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر) من المذهب (الا أنه يكتفى بالاذن دلالة كما اذا) اجتره ف(قبضه فى مجلس العقد) ولم يمنعه البائع (استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق) أما اذا كان أمره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم أن هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة فى ضعف السبب مع أن القبض فيها (فى مجلس العقد يصح استحسانا) وأثر الضعف يكفى فيه كون التسليط الذى يثبت مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه فى غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندوانى انه قال يجب أن يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان أدى الثمن بما يملكه البائع بالقبض أخذا من اطلاق سيأتى وأما ما ذكر فى المأذون من اشتراط اذن البائع فى صحة القبض بعد الافتراق فمتأول بما اذا لم ينقد الثمن أو كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفى المجتبى فى التخلية اختلاف الروايات والاصح أنها ليست بقبض وفى الخلاصة التخلية كالقبض فى البيع الفاسد فى بيع الجامع الكبير وفى المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفى جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهى حاضرة ملكها وقوله (فيخرج عليه) أى على اشتراط المال فى البيع الفاسد عدم (البيع) وبطلانه (بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفى الثمن) كلها باطلة لعدم المال

يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام فى المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز أن يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن فى باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول فى حق الحكم فكما كان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عن هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التى تهب والبيع مع نفى الثمن و يجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الاشياء سواء كانت ثمنا أو مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان

(قوله باذن البائع) اشارة الى صحة الاذن أقول فى حصول الاشارة مما ذكره خفاء ولعل مراده هذا القول الخ (قوله كما اذا قبضه) أقول ينبغى أن تكون الكاف زائدة على ما يدل عليه تفسيره الاذن دلالة فى أول الفصل (قوله والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى) أقول فى التفريع كلام فان للبيع الفاسد وجودا شرعيا ولا يكفى ذلك فى ثبوت المقتضى ثم أقول له يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى يعنى يجب اعدامه شرعا فلم يثبت المقتضى شرعا قال المصنف (ليتحقق ركن البيع) أقول يعنى ليظهر تحققه فان الفاسد قد يستعمل فى معنى العام للباطل أيضا

وقوله أى قول القدورى لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فأما فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم فى الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد الخ) لكل واحد من متعاقدى البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض أو بعده أما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم وأما اذا كان بعده فلا يخلو إما أن يكون الفساد فى صلب العقد أى لمعنى فى أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين و بيع ثوب بخمر أو لشرط فاسد زائد كاشتراط ما ينتفع به أحد المتعاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد وعند أبى يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثانى فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض وأما اذا كان بعده فللذى له الشرط أن يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص وأما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب فى شرح الطحاوى قيل المذكور فى الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكره أن العقد قوى فكان الواجب أن لا يكون لاحد المتعاقدين حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق فى حق من له الشرط فله أن يفسخه وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفى العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه

وقوله لزمته قيمته فى ذوات القيم فاما فى ذوات الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال (ولكل واحد من المتعاقدين فسخه) رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا أنه لم تتحقق المراضاة فى حق من له الشرط

المال فى العوض وقيد بنفى الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفى ولا اثبات انعقد فاسدا و يثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضى المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله (لزمته قيمته) يعنى يوم القبض ولو زادت قيمته فى يده فأتلفه لانه انما دخل فى ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال محمد عليه قيمته يوم أتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا فى الكافى وهذا (فى ذوات القيم فاما فى ذوات الامثال فيلزمه المثل) ومنها العدديات المتقاربة (لانه مضمون بنفسه) أى بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول فى القيمة والمثل قول المشترى لانه الضامن فالقول له فى القدر والبينة فيه بينة البائع (قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعا للفساد) أى للمعصية فرفعه حق لله تعالى فان نفس العقد مكروه والجرى على موجبه بالتصرف فى المبيع تمليك أو انتفاع بوطء أو لبس أو أكل كذلك أى يكره لما فيه من تقرير المعصية وهى كراهة التحريم والوجه أن يكون حراما الا ان الاجماع على منعه شرعا قطعى يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب أن يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه أراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله أخص من دعواه وحاصل المنقول فى المسئلة انه اذا كان الفساد فى صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن أو المثمن كبيع درهم بدرهمين أو ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الآخر عندهما الا انه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند أبى يوسف بغير حضرته أيضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف (وان كان الفساد بشرط زائد) كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو الى أجل مجهول فكل واحد يملك فسخه قبل القبض وأما بعد القبض فيستقل (من له) منفعة (الشرط) والاجل بالفسخ كالبائع فى صورة الاقراض والمشترى فى الاجل بحضرة الآخر (دون من عليه) عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر أن يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد أبطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص أما اذا زاد المشترى فى يد المشترى زيادة متصلة متولدة من الاصل أولا أو منفصلة كذلك أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل الغير بائعا أو مشتريا أو أجنبيا فسنذكره وقوله (الا أنه) الى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو أنه لما كان

(قوله فان كان الاول كان الخ) أقول كان الظاهر أن يقول فان كان الاول فذلك لقوة الفساد الا انه عدل عنه الى ما يرى لبعد المسافة عن قوله أما اذا كان بعده وليتعلق به قوله بحضرة صاحبه فليتدبر (قوله فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض الخ) أقول لا يخفى عليك ان الكلام فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مر مع دليله فنى تقريره ركاكة ظاهرة

كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيأ ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير أو يحتمله كالبيع والهبة ورد بأن المبيع لو كان ما كولا لم يحل أكله ولو كانت جارية لم يحل وطؤها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا وأجيب بالمنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلواني يكره الوطء ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطء مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته أولى وجواز التصرف باعتبار أصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع نافذا سقط حق ارتداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة أو تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما وأجيب عن الاول بأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع

يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا أوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للوصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم أحرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع أجيب بأن الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع (قوله ولان الاول) دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع بأصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح (قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البائع) دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فأين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته

قال (فان باعه المشتري نفذ بيعه) لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع

قوي ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فأجاب بأن القياس ذلك الا أنه لما لم تتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ (قوله فان باعه) أي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا (نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق) البائع الاول في (الاسترداد لتعلق حق العبد) بالعقد (الثاني ونقض الاول) ما كان الا (لحق الشرع وحق العبد) عند معارضة حق الله تعالى (يقدم) باذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينتقض بالصيد اذا أحرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البائع في الرد فينتقل اليه كذلك أما الموصى له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني أيضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس في قدرته أن يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب (و) أيضا (الاول مشروع بأصله لا وصفه والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه) لزيادة قوته (ولانه) أي البيع الثاني (حصل بتسليط من جهة البائع) أي البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على التصرف

(قوله كذا في الذخيرة والايضاح والكافي) أقول وهو ظاهر كلام القدوري أيضا ولا يخفى عليك ما في دليله من القوة (قوله وكل من ملك بالقبض) أقول ليس في تقييده بقوله بالقبض كثير فائدة (قوله وجواز التصرف الخ) أقول لعل المراد من جواز التصرف هو أن يترتب عليه الاثر كثبوت النسب

(قوله بخلاف تصرف المشتري) جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض أحدهما لآخر بدليل يقتضيه وحاصله أن تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده وأما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لأنه عند صحة الاخذ تحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن أو باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد (٢٣٣) من الشفيع شيء من ذلك قال (ومن

بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال (ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة) لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع

التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به ويؤدي الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ أولى والجواب انه قبل بيع المشتري وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليط على البيع وتمامه بأن يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه أن يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال أن حق كل من البائع والمشتري ليس الا التدارك رفع المعصية بالتوبة ومتى أخر حتى تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوته أما الوارث فانه مأمور بخلاص ميته من المعصية ما أمكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا (بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة) بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله أن ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه أسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البائع وأورد فينبغي أن يكون حق المشتري أحق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا أجيب بأنه انما ينسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من أسباب الترجيح فتترجح الشفعة (قوله ومن اشترى عبدا بخمر) المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بخمر أو غيره (فاعتقه أو باعه أو وهبه) وسلمه (فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته) فيه (و) انما وجبت القيمة لانه (بالاعتاق قد هلك) فوقع الاياس عن الاسترداد (فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر) في المسئلة قبلها من أنه تعلق به حق العبد أعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة (والكتابة والرهن) بعد قبضه (نظير البيع) يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا أو رهنه فهو نظير البيع (لانهما لازمان) لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة (الا أنه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن) ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع

اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه الخ) ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه باذن البائع وأعتقه أو باعه بيعا صحيحا أعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رحمه الله لو تركه (أو وهبه وسلمه فهو) أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة) أما الجواز فلما ذكرنا أنه ملكه بالقبض) والملك مطلق التصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك) فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة (وبالهبة) والتسليم (والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر) آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني (والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان) فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى (الا أن حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع) وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد فائدة زائدة فانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد

(قوله لانه عند صحة الاخذ الخ) أقول الكلام في صحة الاخذ بعد ما تعلق بالدار حق الغير والاظهر أن يعلل الرجحان بسبق حق الشفيع كما سيأتي في كتاب الشفعة (قوله على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد) أقول والاولى أن يجعل قوله على ما مر اشارة الى الادلة الثلاثة التي ذكرها المصنف آنفا

وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيأ فشيأ فيكون الرد امتناعا قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن) لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن

في الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع أن يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا أبق فقضى على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس لمالكه أخذه لما قلنا وقوله (وهذا بخلاف الاجارة) فانه اذا أجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد (لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيأ فشيأ فيكون) الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث (امتناعا) عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبائع أن يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم ثبوتها معه بتاغير أنه اذا ظفر بها له وطؤها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا وأخذ المشتري الارش أو ولدت الجارية وأخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البائع بين أخذه وإعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي أن الصبغ بالصفرة يمنع الاسترداد وعن محمد أنه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترد وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري أو بفعله في نفسه أو بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع أرش النقصان وليس له أن يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل أجنبي فله أن يأخذ الارش من المشتري وان شاء أخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد أو استرد لزمه العقر للبائع أما ان أتلفها فضمن قيمتها (قوله وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قيل يعني القيمة التي أخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك أو الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له أخذه حتى يرد ما أخذه (لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن) وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للمؤجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين (ولو مات البائع) بيعا فاسدا أو المؤجر اجارة فاسدة أو الراهن أو المقرض كذلك فالذي في يده المبيع أو الرهن أحق بثمنه من غرماء الميت (لانه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته) الا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين أو الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة أو الوديعة مع أن دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا بمجرد الحق

ولعل في العنوانين اشارة الى المذهبين فيها قال (وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن) قال في النهاية أي القيمة التي أخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة أيضا وغيرها (فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض) فكان له ولاية أن لا يدفع المبيع الى أن يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهاهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب (وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته) لما تقدم من ان للمشتري حق منع البائع من المبيع الى أن يأخذ ما أدى اليه وكل من يقدم عليه حال حياته يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين

(قوله بل المراد به ما أخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان أو نقدا ثمنا كان أو قيمة) أقول فيه بحث

(ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها) فيه (تتعين) بالتعيين على رواية أبي سليمان (وهو الاصح) وعلى رواية أبي حفص لا تتعين والقبض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى أجل فى تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية أبي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية أبي سليمان ماذكره المصنف أن الثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب فى كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل فى حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب رد عينها اذا كانت قائمة (وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا) أنه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر فى الفوائد الظهيرية أن المبيع يباع لحق المشترى فان فضل شئ يصرف الى الغرماء كما فى بيع الرهن بالدين قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار) وكذا اذا اشترى أرضا وغرس فيها وذكر فى الايضاح أن قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع أبي حنيفة (لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى القضاء) أو الرضا (ويبطل بالتأخير) ولا يورث (بخلاف حق البائع) فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم أن البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشئ فالاقوى لا يبطل به وهو بديهى وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك (ولابى حنيفة أن البناء والغرس حصل للمشترى بتسليط من جهة البائع) وكل ما هو كذلك (ينقطع به حق الاسترداد كالبيع) الحاصل من المشترى (بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه) ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن أو بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة فى البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه أقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبئك أن قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له فى الحجة قيل وانما أدخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره لان يلحقه بالبيع فى كونه منهيا مقررا الا انه لما قصد به الدوام أشبه البيع فكان منهيا الملك فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع فى الاسترداد بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشترى واعترض بأنه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بالطريق الاولى

ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا قال (ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى فعليه قيمتها) عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه فى الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك فى الرواية (وقالا ينقض البناء وترد الدار) والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشترى وبيعه فكذا ببنائه

ولا بد للمحتال (ثم ان كانت دراهم الثمن) التى دفعها (قائمة يأخذها) المشترى (بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح) خلافا لما ذكر أبو حفص أنها لا تتعين كما فى البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية أبي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سيأتى ما يقوى رواية أبي حفص (لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب) والثمن فى يد البائع بمنزلة المغصوب (وان كانت مستهلكة) قال المصنف رحمه الله تعالى (له أخذ مثلها) وكذا ذكر قاضيخان وذكر فى الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شروح الجامع الصغير أنه يباع المبيع لحق المشترى فان فضل شئ مما دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك أنه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم (قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشترى) أو غرس فيها أشجارا (فعليه قيمتها) وانقطع حق البائع فى استردادها بالبناء والغرس (وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء) ويقلع الغرس (وتسترد الدار لهما أن حق الشفيع) فى الدار التى يستحق فيها الشفعة (أضعف من حق البائع) بيعا فاسدا فى الاسترداد بدليل أنه (يحتاج) فى ثبوت الملك له فى الدار (الى القضاء ويبطل بالتأخير) بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع فى الاسترداد لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتأخير ويثبت لورثته (و) الاتفاق على أن (حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء) والغرس (فأقواهما) وهو حق البائع (أولى) أن لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته (ولابى حنيفة أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع) به (حق الاسترداد كالبيع) والهبة (بخلاف حق الشفيع فانه) وان كان أضعف (لم يوجد) ما يبطله وهو تسليطه على الفعل أعنى البناء فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع (ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة) أيضا بل يأخذها من يد المشترى الثانى بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التى أنكر فيها أبو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور فى

(قوله والقبض الفاسد الى قوله على الروايتين) أقول قوله والقرض مبتدأ وقوله على الروايتين خبره

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن) والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق

الثلج عندنا وقولكم لا يلزم ذلك محل النزاع فأقل الامر أن يعلم الخلاف ويجوز أن يكلف النقض فقعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الا مدة ما وأما تعليل بعضهم له بأنه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لأن ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا أو قبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي جنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته أن يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه حل وعلا أذن في تقديم حقه (قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها) المشترى (وربح فيها تصدق بالربح ويطيب لبائعه ما ربح في الثمن) الذي قبضه من المشترى اذا عمل وربح والاصل في هذا أن المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى إن الغاصب أو المودع اذا تصرفا في المغصوب والوديعة وهما عرض أو نقد وأديا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند أبي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين إن لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب أو الوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن ان أشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في أبواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لأن اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى والاعتبار ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فلذا قال يتصدق المشترى بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا شك أن هذا انما هو على الرواية القائلة انه لا تتعين النقود في البيع الفاسد أما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف أن رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع أيضا بما ربح في الثمن غير أن هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وحينئذ فالأصح أن الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف (لا تتعين في العقود) أى عقود المباعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والشركة انما يصح لو كان لفظ المباعات أو المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يحبسها ويعطي مثلها عندهما

قال (ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا) اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغيرهما والخبث أيضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فأما الاول (٣٣٧) فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيأ وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها لم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعين فيها انه لو أشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له أن يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشترى لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في المباعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيأ وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند أبي حنيفة ومحمد

(قوله وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين الخ) أقول فيه بحث فان عدم التعين سواء كان في المغصوب أو ثمن المبيع الفاسد انما هو في العقد الثاني ولا يضر تعينه في الاول فقوله انما يستقيم الخ فيه ما فيه (قوله لا على الاصح وهي التي تقدمت الخ) أقول يعني تقدم ذكرها بورقة تخمينا بقوله ثم اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية أبي سليمان وهو الاصح

لان الخبث لما كان لعدم الملك أثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال أبو يوسف يطيب له الربح لأن شرط الطيب الضمان والفرض وجوده ولهما أن العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال (وفيما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع أو تقدير الثمن) وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما أن أشار اليها ونقد منها أو أشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه أمر لابد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك تنزل وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن الذي كان شبهة خبث حصوله بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على أن الشبهة معتبرة وأما أن شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير وأما اذا كان شبهة الشبهة أيضا داخلا في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك أن شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبر ما دونها أيضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة الشبهة فما دونها قال (وكذلك اذا ادعى الخ) رجل قال لآخر لي عليك ألف درهم فاقتضاها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي وأداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا لملكه لكن لما تصادقا أنه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك به اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية وأعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مالا يتعين أولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصدا في مقابله لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

(٢٣٨)

وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال (وكذلك اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح) لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

(فصل

(قوله وكذلك الخ) قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه (يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية) أي بالاقرار عند دعواه المال (ثم استحق بالتصادق) فكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين (وبدل المستحق مملوك) أي ملكا فاسدا سواء كان عينا أو دينا أما عينا فبدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضيخان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبد الغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما زعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمدا الكذب فدفع اليه فلا يملكه أصلا لانه متيقن أنه لا ملك له فيه والله أعلم

(قوله لأن الخبث لما كان لعدم الملك الخ) أقول كتب في هامش هذا البحث ما هو صورته وقد استشكل قوله بعد ضمان قيمتها بأن الكلام في الخبث لعدم الملك وان أدى الضمان فقد ملك على أصله ثم اذا ربح بعد ذلك لم يكن الخبث لعدم الملك والجواب أن التقدير ليس من أسباب الملك وانما يثبت الملك مستندا بالضمان وفي المستند شبهة العدم وشبهة العدم ملحقة بحقيقة العدم فيما يبتنى على الشبهات والصدقة تبتني عليها فكان الحكم فيه حكم عدم الملك بالنسبة الى الربح فالملك بعد الضمان يفيد طيب المغصوب لا طيب الربح الحاصل منه لأنه بالنسبة اليه كالعدم اهـ ونحن نقول فعلى هذا يكون في ربح المغصوب المضمون شبهة الخبث وفي ربح الدرهم المغصوب المضمون شبهة الشبهة اذ على مقتضى تقريره يكون فيها شبهة الملك ولا ينفعه المبالغة التي ادعاها في الكلام حيث لا يخرجه الى الحقيقة فليتأمل

(فصـــل فيما يكره) قيـل المكروه أدنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحق به وأخر عنـه ولعل تحقيق ذلك ماذكر في أصول الفقه أن القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان بوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) بفتحتين (وهو أن يزيد الرجـل في الثمـن ولا يريد الشراء ليرغب غيره) ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليـه الصلاة والسـلام (لاتناجشوا) أي لاتفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيـه بأزيد من الثمن وهو خـداع والخداع قبيح جاور هـذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بأنقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخـداع (ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليـه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه) وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته أن يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضـيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله عـلى الايحاش والاضرار وهـما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح أما اذا لم يجنح فلا بأس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب أي ونهى عليه الصلاة والسلام عن تلقي الجلب أي المجلوب

(فصـــل فيما يكره) قال (ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش) وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وقال لا تناجشوا قال (وعن السوم على سوم غيره) قال عليه الصلاة والسلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومـة فأما اذا لم يركن أحـدهما الى الآخر فهو بيـع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال (وعن تلقي الجلب) وهذا اذا كان يضر بأهل البلد

(فصـــل فيما يكره) لما كان دون الفاسد أخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سـوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب اذا لبس باطـلا أو يثبت له الخيار وهـذا لأن النهي مطلقه للتحريم الا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنـه فان في اعتراض الرجـل على سوم الآخر بعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعـداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما جيء به في زمن الحاجـة ليغالي على الناس ضرر عام للمسلمين وأهـل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمـين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقـدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضا به كقول مالك أو منعقدا ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجاورا أو لازما لا ينفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطـلان أو الفساد على أن معنى الفساد ليس الا كون العـقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعـه ويجب في هـذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطـلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا جعلته فاسـدا (قوله ونهى رسول الله صـلى الله عليه وسـلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غـيره) بعد ما بلغت قيمتها فانه تغرير للمسلم ظلما فأما اذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذ كان شراء الغير بالقيمة (قال صلى الله عليه وسلم لاتناجشوا) في الصحيحين من حـديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسـول الله صلى الله عليه وسـلم قال لا تلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم (قوله وعن السوم) أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم نهى عن تلقي الركبان الى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت مثيره وهو ما فيه من الايحاش والاضرار وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيـدفع للمالك أكثر أو مثـله غير أنه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته وأما صورة البيع على بيع أخيه بأن يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء آخر فيقول أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع عـلى بيع أخيـه والسوم على سوم أخيـه والوارد فيهـما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبيع أحدكم على بيع أخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا بأس به كما سـنذكر (قوله وعن تلقي الجلب) في الصحيحين عن عبـد الله بن عباس

وصورته المصرى أخبر بمجىء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وأدخله المصر ليبيعه على ما أراد، فذلك لا يخلو إما أن يضر بأهل البلد أو لا والثانى لا يخلو من أن يلبس السعر على الواردين أو لا، فإن كان الاول بأن كان أهل المصر فى قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك، وإن كان الثانى فقد لبس السعر على الواردين فقد غرر وضر وهو قبيح فيكره وإلا فلا بأس بذلك (قال وبيع الحاضر للبادى) أى ونهى عليه الصلاة والسلام (٣٤٠) عن بيع الحاضر للبادى فقال عليه الصلاة والسلام لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل لطعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال فلا يخلو إما أن يكون أهل المصر فى سعة لا يتضررون بذلك أو فى قحط يتضررون فإن كان الثانى فهو مكروه وإن كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا تكون اللام للبادى بمعنى من وقيل فى صورته نظرا إلى اللام أن يتولى المصرى البيع لاهل البادية ليغالى فى القيمة قال (والبيع عند أذان الجمعة) أى ونهى عليه الصلاة والسلام عن البيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة (قوله ثم فيه) بيان لقبح المجاور فإن البيع قد يخل بواجب السعى إذ قعدا أو وقفا يتبايعان وأما إذا تبايعا ماشيان فلا إخلال فيصح بلا كراهة وقد تقدم فى كتاب الصلاة أن المعتبر فى ذلك هو الأذان الاول إذا كان بعد الزوال (وكل ذلك) أى المذكور من أول الفصل إلى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد أى القبح لامر خارج زائد أى مجاور وليس فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة

فإن كان لا يضره لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال (وعن بيع الحاضر للبادى) فقد قال عليه الصلاة والسلام لا يبيع الحاضر للبادى وهذا إذا كان أهل البلد فى قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال (والبيع عند أذان الجمعة) قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه فى كتاب الصلاة قال (وكل ذلك يكره) لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا وللتلقى صورتان إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة وثانيتهما أن يشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية أنه إذا خرج إليهم لذلك أنه يعصى أما لو لم يقصد ذلك بل اتفق أن خرج فرآهم فاشترى ففى معصيته قولان أظهرهما عندهم يعصى والوجه لا يعصى إذا لم يلبس وعندنا محمل النهى إذا كان يضر بأهل البلد أو لبس أما إذا لم يضر ولم يلبس فلا بأس (قوله وعن بيع الحاضر للبادى) تقدم النهى عنه ومحمل النهى (إذا كان أهل البلد فى عوز) أى حاجة (أو قحط وهو يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى) للاضرار بهم وهم جيرانه (أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس لانعدام الضرر) وقال الحلوانى هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك منك فيتوكل له ويبيع ويغالى ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفى بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفى المجتبى هذا التفسير أصح ذكره فى زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بأن لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادى وهو صورة النهى بل تفسير لضدها وهى الجائزة فالمعنى أنه نهى عن بيع السمسار وتعرضه فكأنه لما سئل عن لمية نهى بيع الحاضر للبادى قال المقصود أن لا يكون له سمسارا فنهى عنه للسمسار (قوله والبيع عند أذان الجمعة قال تعالى) إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة إلى قوله تعالى (وذروا البيع) كأنه يجعل الوقت من حين الأذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا فى النهى عن الصلاة بعد صلاة العصر قبل التغير (وفيه) زيادة أنه قد يفضى إلى (الاخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فى منع البيع فى كتاب الصلاة) وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله (كل ذلك يكره) أى كل ما ذكرناه من أول الفصل إلى هنا يكره أى لا يحل على ما قدمناه (ولا يفسد به البيع) باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعى لكنه يثبت الخيار فى تلقى الركبان على ما قدمناه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفى النجش وكذا بيع الحاضر للبادى وبه قال أحمد وعلل الصحة (بأن الفساد فيه) (فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة) واستشكله فى الكافى لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس فى صلبه قال إلا أن يؤول الخارج بالمجاور وأنت علمت ما عندنا

قال المصنف (والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع) أقول قال الزيلعى وذكر فى النهاية أنهما إذا تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وعزاه إلى أصول الفقه لأبى اليسر وهذا مشكل فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى اهـ وفيه بحث

قال (ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره ماذكرنا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه) قال (ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذورحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان أحدهما كبيرا) والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له مافعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك و يروى اردد اردد

عندنا فى ذلك (قوله ولا بأس ببيع من يزيد) وهو صفة البيع الذى فى أسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة (لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد) روى أصحاب السنن الاربعة من حديث أنس بن مالك أن رجلا من الانصار أتى النبي صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له أما فى بيتك شئ قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتنى بهما فأتاه بهما فأخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشترى هذين فقال رجل أنا آخذهما بدرهم فقال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثا فقال رجل أنا بدرهمين فأعطاهما اياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشتر بأحدهما طعاما فانبذه الى أهلك واشتر بالآخر فأسا فائتنى به فأتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب و بع ولا أرينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجئ المسئلة نكتة فى وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذى فقر مدقع أولذى غرم مفظع أولذى دم موجع وأخرجه الترمذى مختصرا أنه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذى حديث حسن لانعرفه الامن حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفى وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال فى علله الكبير سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة (قوله نوع منه) أى من البيع المكروه أى الذى لايحل على ماعرفت أن الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه أولانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول (ومن ملك مملوكين) بأى سبب فرض من أسباب الملك شراء أوهبة أوميراثا (صغيرين) أو (أحدهما و بينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما) سواء كان ببيع أوهبة أووصية وذكره بصورة النفى مبالغة فى المنع ولا ينظر فى الوصية الى جواز أن يتأخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم (والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم) فيما رواه الترمذى عن أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه و بين احبته يوم القيامة) وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حيى بن عبد الله لم يخرج له فى الصحيح واختلف فيه ولا اختلاف فيه لم يصححه الترمذى ورواه أحمد بقصة و روى الحاكم فى المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن أبى بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطنى وهو المحفوظ وقول ابن القطان لايصح لان طليقا لايعرف حاله يريد خصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الا أن فى سوقها طولا علينا وأما حديث على رضى الله عنه فأخرجه الترمذى وابن ماجه من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن ميمون ابن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ياعلى مافعل غلامك فأخبرته فقال رده رده قال الترمذى

وتفسر ببيع من يزيد وروى أنس رضى الله عنه قد مر آنفا (نوع منه) أى هذا الذى يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين أوصغيرا وكبيرا أحدهما ذورحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة (قوله ووهب) معطوف على قوله عليه الصلاة والسلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ماقال عليه الصلاة والسلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلى غلامين أخوين صغيرين ثم قال له مافعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك و يروى اردد اردد

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه الحديث) أقول قوله فرق الله يجوز أن يكون دعاء على من فرق بين والدة وولدها ويجوز أن يكون خبرا (قوله والاصل فيه ماقال عليه الصلاة والسلام) أقول على أن تكون مامصدرية

ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع أحدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر فى ذلك استئناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفى بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد النبى على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز أن يكون المراد فى قطع الاستئناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استئناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بأن يكون أحدهما اذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا فى صدر الكلام بلا ضرر للولى أو الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما أصلا حتى لو كان أحدهما أخا رضاعيا للآخر أو كان أمة والآخر ابنها رضاعا أو كان أحدهما ولد عم أو خال أو كان أحدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافى ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضى جواز التفريق بوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما فى الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة وولدها والاخوان قيل فى كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما أشرنا اليه فى تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استئناس وتعاهد

(٢٤٣)

ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان فى بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده

حديث حسن غريب وتعقبه أبو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من أن المرسل من أقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك وأخرجه الحاكم والدارقطنى من طريق آخر عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن على رضى الله عنه قال قدم على النبى صلى الله عليه وسلم سبى فأمرنى ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال أدركهما فارتجعهما وبعهما جميعا فلا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو أولى ما اعتمد عليه فى هذا الباب ومن طريق آخر رواه أحمد والبزار وفيه انقطاع ولا يضر على أصلنا على ما عرف قال المصنف (ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده) أى يصلح شأنه (فكان فى التفريق قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه) قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ورواه ابن أبى شيبة عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخارى فى كتابه المفرد فى الادب وروى الطحاوى فى مشكل الآثار حدثنا يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب أنبأنا مالك بن أبى الخير الزيادى عن أبى قنبل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخارى فى كتابه المفرد فى الادب من حديث أبى هريرة وقد روى من حديث عدة من الصحابة فهو ومعنى مشهور لا شك فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب) كمحرم الرضاع وامرأة الاب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده) ومورده كان فى المحرمية كما فى الوالدة وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها

يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للولى أو الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لان لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس فى القرابة والمحرمية ولا ما فيه ضرر ما يساوى القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل فى الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز فى سبعة مواضع وان كان أحدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة

(قوله ووجه الاستدلال بالاول) أقول لا حاجة فى صحة الاستدلال بأدرك واردد الى التكرار ثم يتقوى الاستدلال بتكرار الامر (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها الحديث) أقول الدعوى عامة والحديث مخصوص بالوالدة والولد (قوله فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه) أقول دعوى المساواة فيما اذا كان أحدهما عما أو خالا للمورد بالنص مشكلة والاشارة الى ذلك قال عيسى

ولزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع السبعة ما اذا صار أحدهما فى ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره أو استولده ان كانت أمة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثانى اذا جنى أحدهما جناية نفس أو مال فان للمولى أن يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع بأداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء أحدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع أحد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيبا كان له رد المعيب فى ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق أحدهما على مال أو غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا أمه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر أما الاول فلأن بيع أحدهما لما امتنع لمعنى شرعى لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث وأما الثانى فلانه لو ألزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر وأما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شرائه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض (٣٤٣) فان الحربى يدخلهما دار الحرب فينشآن فيها وضرر ذلك ظاهر فى الدنيا لعرضية الاسر والقتل وفى الآخرة لان الظاهر من ينشأ من صغره بينهم أن يكون على دينهم وأما الرابع فلان منع بيع أحد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روى عن أبى يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفى الزام المعيب اضرار للمشترى فيتعين رده دفعا للاضرار عنه وأما فى السادس فلأن الاعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه لان المعتق أو المكاتب صار أحق بنفسه فيدور هو حيثما دار أخوه ويتعاهد أموره على ما أراد ولا اعتبار بخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب فى ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهى استبداده بنفسه وأما فى السابع فلأن المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر ففيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون فى معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به وأما السادس فلا تفريق فيه وأما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما فى ملك شخص واحد حتى لو كان أحدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع أحدهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له أو كبيرا وهما فى مؤنته أولا وسواء كان زوجته أو مكاتبته ولا يجوز بيع أحدهما من أحد هؤلاء اذا كانا فى ملكه لحصول التفريق بذلك (قوله ولو كان التفريق بحق مستحق) تقدم تقريره فى أثناء الاسئلة وجوابها وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال اذا جنى أحدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين أن يدفع أو يفدى فكان الفداء أولى

ولا بد من اجتماعهما فى ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

لان النص ما ورد الا فى الوالدة والاخوين فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق فى عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة فثبت فى الخال والخالة بالدلالة ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الاولوية فى الدلالة والمفهوم بقى ايراد نقض العلة بثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلاثة التى ذكرها المصنف وهى ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه فى دفعه غير مجبور اذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وان كان عند أبى يوسف أنه يردهما جميعا أو يمسكهما كما فى مصراعى الباب اذا وجد بأحدهما عيبا والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولد الامة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون لحربى مستأمن فباع أحدهما فللمسلم ان يشتريه مع أن المنع كما هو للبائع كذلك للمشترى والسادسة لو كانوا ثلاثة فى ملكه أحدهم صغير حل بيع أحد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الصغير والكبير والسابعة أنه يجوز أن يعتق أحدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع أنه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا فرضى بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما أشار اليه المصنف بقوله (لان المنظور اليه) فى منع التفريق (دفع الضرر عن غيره) وهو الصغير (لا) الحاق (الضرر به) أى بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا

قال المصنف (لا الاضرار به) أقول قال ابن الهمام أى بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين اه وفيه بحث (قوله أو لزم التزام القول بتخصيص العلل) أقول فانه ظهر ان العلة هى الرحم المحرمية الغير المستلزم ضررا بالمالك وبالصغير قصدا (قوله وأما الثالث فلأن منع التفريق الخ) أقول فيه بحث

قال (فان فرق كره له ذلك وجاز العقد) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لايجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لايجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لايكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام

التفريق كان الزاما للضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه تكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة أو مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع اذ يلزم المالك الحجر عليه عنه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ماقبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وعن الخامس بأن مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة أعظم فانه ان لم يشتره أحد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هنالك يشب و يكتهل أعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بأن العلة ماهو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على أن في رواية عن أبي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية قد اجتمع في الصغير عدد من أقاربه لايفرق بينه و بين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال أو اتحدت كخالين عند أبي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بأن العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع أخيه حيثما كان وأينما صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لما اختارا ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم فآل الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق مافي المبسوط اذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه و بين أمه لانه يصير مسلما باسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله فان فرق كره ذلك وجاز العقد) اذا كان المالك مسلما حرا أو مكاتبا أو مأذونا أما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه أنه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لايتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لايجوز (وعن أبي يوسف رحمه الله لايجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لايجوز في جميع ذلك) أي قرابة الولاد وغيرها وهو قول أحمد لما روينا من حديث علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم أدركهما وارتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لايكون الا في البيع الفاسد (ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لايوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيام) على سوم أخيه وحينئذ يجب تأويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور ان يقيله رغبة في ثواب الاقالة أو أن يبيع الاخ لآخر منه واعلم أن مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لاتجمعوا عليهم بين السبي والتفريق مالم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام لاتفرقوا بين الام وولدها فقيل الى متى فقال الى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول للشافعي وفي أظهر قوليه الى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لانهما من أهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك

قال (فان فرق كره ذلك وجاز العقد الخ) فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع أو القسمة في الميراث أو الغنائم أو الهبة أو غير ذلك والبيع جائز وعن أبي يوسف انه لايجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لايجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لايكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما

(قوله واطلاق التفريق يدل الخ) أقول لايخفى عليك ان قوله وجاز البيع يدل على التقييد نعم لا كلام في اطلاق التفريق الواقع في الحديث (قوله والجواب عن الحديث أنه محمول الخ) أقول في أدرك واردد (قوله أو بيع الآخر الخ) أقول في أدرك ثم لفظ أو ههنا لمنع الخلو

(قوله

(وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس فى معنى ماورد به النص وقد صح انه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس فى معنى ماورد به النص) ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان أصله على خلاف القياس (وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين) بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهثم انتهى و بشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس القبطى لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين و بغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهى مارية أم ابراهيم وأما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهى أم عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث فى صحيح ابن خزيمة وأخرجه البيهقى بسند آخر فى دلائل النبوة مرسلا أنه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب ابن أبى بلتعة الى المقوقس الى أن قال وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين احداهما أم ابراهيم وأما الاخرى فوهبها عليه الصلاة والسلام لجهيم بن قيس العبدى وهى أم زكريا بن جهيم الذى كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقى بسنده الى حاطب قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلنى فى منزله فأقمت عنده ثم بعث الى وجمع بطارقته الى أن قال وهذه هدايا أبعث بها معك الى محمد فأهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابى جهيم بن حذيفة العدوى وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من ألفاظ هذا الحديث وطرقه وليس فى شئ منها ان الجاريتين كانتا أختين وهو موضع الاستدلال لاجرم ذكر أبو الربيع سليمان الكلاعى فى كتاب الاكتفاء عن الواقدى باسناده ان المقوقس أرسل الى حاطب ليلة الى أن قال فارجع الى صاحبك فقد أمرت له بهدايا وجاريتين أختين فارهتين وبغلة من مراكبى وألف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك وأمرت لك بمائة دينار وخمسة أثواب فارحل من عندى ولا تسمع منك القبط حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدى دليل على المطلوب وقد أسلفنا توثيقه وكرر ذلك ابن عبد البر فى الاستيعاب ونقله أحمد بن عبد الله الطبرى عن أبى عبيدة فى خاتمة مناقب امهات المؤمنين فالله أعلم بذلك وانما بوب أبو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذى فى مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع أبى بكر فغزونا فزارة الى ان قال فجئت بهم الى أبى بكر وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب فنفلنى أبو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لى المرأة فقلت هى لك ففدى بها أسارى مكة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل أبى بكر لكن لا شك فى أن النبى صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى أمها بل أبعد دارها حين فدى بها فهذا والله أعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين والله اعلم ﴿فروع﴾ اذا كان مع الصغير أبواه لا يبيع واحدا منهم ولو كان معه أم واخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد أنهم لا يباعون الا معا اعتبارا الاختلاف الجهة والصحيح ماذكر فى ظاهر الرواية لان شفقة الام تغنى عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا ٣ الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان أو إخوة كبار فى رواية الامالى لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع من سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة أمر باطنى لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند الاتحاد فى الدرجة والجهة

(قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) لانه ليس فى معنى ماورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين روى ان أمير القبط أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين أختين و بغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهى مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر فى كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

(الاقالة) الظاهر عن ثبت البيع الفاسد والمكروه لما كان الفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما فأعقب ذكرها اياهما وهى من القيل لا من القول والهمزة للسلب ثم ذهب اليه بعضهم بدليل قلت البيع بكسر القاف وهى جائزة لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة (٣٤٦) ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما يوجب التحريض عليها من الثواب اخبارا أو دعاء وكلاهما لا يكون الا المشروع ولان العقد حقهما وكل منهما يملك رفعه لحاجتهما وشرطها أن تكون بالثمن الاول (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل في ذلك ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشترى قبل أن يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيعا جديدا في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما سنذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا أو بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه أولى

باب الاقالة

(الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما (فان شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول) والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما

أحدهما يبقى وكذا لو ملك ستة اخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة القياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي بيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل أنه اذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعمة أخ لاب وأخ لام والله الموفق

باب الاقالة

مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعى سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فأقال بمعنى أزال القول أى القول الاول وهو البيع كأشكاه أزال شكايته ودفع بأنهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وأيضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه (قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول) عليه اجماع المسلمين (لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف (ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما) التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى أن النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة وأما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله (والاصل) أى الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر (أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين) وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول

باب الاقالة

كأن

فان قيل ما الجواب عن انتقاض حد البيع بالاقالة قلنا المراد من المبادلة في تحديد البيع هو ما كان مبادلة ابتداء لا ما كان بطريق الرفع بقرينة مقابلة الاقالة للبيع (قوله وهي من القيل لا من القول) أقول في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه (قوله والهمزة للسلب) أقول فأقال بمعنى أزال القول أى القول الاول وهو البيع (قوله وشرطها أن تكون بالثمن الاول الخ) أقول لو كان شرطا لانتفى بانتفائه وليس كذلك بل الظاهر أنه من أحكامه

فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين أن تكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي بيع الا أن تعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا فتبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا بأكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فتبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والدفع يعني ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء أقلني عثرتي واذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو

البيع لانه بيع في حق ثالث

الا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثراتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة

كان لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الاول الى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهو يستلزم تعيين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيعطى بالنسبة الى غيرهما حكم البيع كما سنذكره (فان لم يمكن جعله فسخا) كان ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك (تبطل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف هي بيع الا أن لا يمكن جعله بيعا بأن وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فيجعل فسخا فان تعذر كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ تبطل وعند محمد قلب قول أبي يوسف فهي فسخ الا أن يتعذر فبيع الا أن تعذر فتبطل والعجب أن قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمه الله في أن الاقالة تصح بلفظين أحدهما مستقبل كما لو قال أقلني فقال أقلتك مع أنها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا تنعقد الا بالماضي فيهما لانها كالبيع فأعطى بسبب الشبه حكم البيع وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجرى في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدوري وذكره في الدراية والذي في فتاوى قاضيخان أن قول أبي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختار قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اخترت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركت وجه قول محمد (أن اللفظ) أي لفظ الاقالة وضع (للفسخ والرفع) بدليل الاستعمال فانه (يقال أقلني عثرتي) بمعنى اسقط أثرها باعتبارها عدما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقته رفع الواقع عن أن يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود (فيوفر عليه قضيته واذا تعذر) الفسخ (يحمل على محتمله وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع) وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر أنه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية وأخذ الدار بالشفعة (ولهذا تبطل) الاقالة (بهلاك المبيع)

واستدل أبو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت أحكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بأنه لو كانت بيعا أو محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بأنه اذا قال ابتداء أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم ولم يكن بينهما عقد أصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة انما أضيفت الى ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها أضيفت الى ما له وجود أعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما أراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين أحدهما انه يفهم منه ان أبا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز

(قوله واستدل أبو يوسف بمعناه الخ) أقول منقوض بما اذا كانت الاقالة بلفظ فاسختك أو تاركتك فانها حينئذ فسخ اجماعا مع جريان الدليل فيه (قوله فلم يلزم من ارادة المجاز الخ) أقول أي المعنى المجازي (قوله وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة) أقول ألا يرى أنه يجعله فسخا اذا لم يمكن جعله بيعا ولك أن تقول يجوز أن لفظ المجازية مجاز عن المنقول بعلاقة المشابهة فالمعنى لا يلزم من ازالة المعنى المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما أراد معنى النقل اليه ارادة المعنى المنقول اليه في سائر الصور عند عدم النقل وعليك بالتدبر فان قيل بماذا ثبت النقل قلنا باستعماله في عرف الشرع في مبادلة تتفرع على مبادلة سابقة وبترتب عليه أحكام البيع على ما يفهم من كلام أبي يوسف فمعناه مجاز شرعي في الفسخ

والثانى ان قوله أقلتك العقد فى هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضى نفى سابقة العقد واستدل أبو حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا وحقيقته فيه والاصل اعمال الالفاظ فى حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان أمكن والا بطل وههنا يمكن أن يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونه ما ضده واستعارة أحد الضدين للآخر لا تجوز كما عرف فى موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد فى حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك أجاب المصنف بأن ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما فيكون لفظهما عاملا فى حقه بل هو أمر ضرورى لانه لما ثبت مثل حكم البيع (٣٤٨) وهو الملك للبائع تبدل ظاهر موجبه فى حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين فى محل واحد

وهذه أحكام البيع ولابى حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ فى مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول

بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذى كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشترى (وهذه أحكام البيع) فاذا ترتبت على شئ كان بيعا غير أنه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت فى منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه بجعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن وكونه لا ينعقد به البيع ابتداء ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز أن ينعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة واتفاقهم فى الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه (ولابى حنيفة رحمه الله أن اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قاله محمد رحمه الله (والاصل إعمال الالفاظ فى مقتضياتها الحقيقية) وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فتكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك أى بأنه وضع بهذا الاعتبار والا رجع الى مجرد الاصطلاح على أن مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرعا أو بقيد أن لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح فى الالفاظ بقى أمر آخر وهو أنها لم تستعمل فى البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد أجاب عنه بقوله (ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه) أى الرفع الذى هو المعنى الحقيقى (ضده) أى ضد العقد أو نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال فى الضد انما يكون لتهكم أو تمليح وليس ذلك فى الفقه أو يكون لمشاكلة لفظ وقع فى صحبته كجزاء سيئة سيئة وليس هنا ذلك (فتعين البطلان وكونه بيعا فى حق ثالث) ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن (لامر ضرورى) وهو انه لما ثبت (به مثل حكم البيع وهو الملك) بيدل ظهر فى حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما فيصير فاموجب البيع عنه فيقتصر عليهما او يظهر بيعا فى حق غيرهما اولئلا يفوت مقصود الشارع فى بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار أو الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك فى عودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده (قوله اذا ثبت هذا) أى هذا الخلاف فى هذا الاصل (فنقول) تفريعا عليه (اذا شرطا) فى الاقالة (الاكثر) كأن تقايلا على مائة والبيع بخمسين (فالاقالة على الثمن الاول) عند

وتفسيره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت فى المبايعة فاعتبر موجب الصيغة فى حق المتعاقدين لان لهما ولاية على أنفسهما فتعين اعتبار الحكم فى حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر أن المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا فى حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا مقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابى حنيفة رحمه الله عما استدل به أبو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع يبدل الاحكام فلا يغير الحقائق فانه أخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز أن يغير ويثبت فى ضمن الاقالة وأما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التى هى الفسخ اذا ثبت هذا أى ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول ابى

(قوله معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد الخ) أقول مستعينا بالله تعالى لا نسلم أن معناه ذلك بل معناه بعتك هذا العبد الذى كنت بعتسه منى سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن بيع كائن بعد بيع بينهما فى هذا المحل على ما ينادى عليه كلام المجيب وأيضا المجاز خلف عن الحقيقة فى حق الحكم عند أبى يوسف ومحمد كما حقق فى علم الاصول (قوله وذلك يقتضى نفى سابقة العقد) أقول الاولى أن يقول لا يقتضى سابقة العقد (قوله لانه ليس لهما ولاية على غيرهما) أقول ايصير فاموجب البيع عنه

لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع فان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيه يتحقق الربا ولان في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا أن يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بألف وخمسمائة صحت بالالف ولغا ذكر الباقي وان تقايلا بألف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بألف ولغا النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط

ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز أن يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن أن يكون الحط بمقدار حصة العيب أو أكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه أولا وقال بعض المشايخ تأويل المسألة ذلك هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة والنقصان عند أبي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وأقال كان فسخا فهذا أولى واعترض بأن كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان أبا يوسف انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا ابتداء البيع وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو أقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ

أبي حنيفة ويبطل شرط الزيادة (لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وانما بطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن ثابتا محال) ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه أن رفعه على مائة ترجع الى المشتري والحال أنه لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع أصلا الا أن أصل العقد له وجود واياه عنينا بالاقالة غير أنهما زاداه شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل بالشرط الفاسد الذي زاداه (بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع (وكذا اذا شرط الاقل) عنده يصح بقدر الثمن الاول (لما بينا) أنه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول (الا أن) يكون (حدث بالمبيع عيب) فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب (وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند أبي يوسف يصح به لانه بيع (وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول) باعتباره مزيدا للاول لكنه سكت عن بعضه (ولو سكت عن الكل) بأن قال أقلتك (يكون فسخا) عليه فاذا سكت عن بعضه (أولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا) من جعل الحط بازاء ما نقص من العيب (فرع) باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق (قوله ولو أقال بغير الثمن الاول) بأن كان دراهم فأقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها (فهو فسخ

(قال المصنف اما لا يمكن اثباتها في الرفع) أقول لفظ اما هنا ليس في مقامه والظاهر أن يقول بدله لكن (قوله والاول رد المختلف على المختلف) أقول رد المختلف على المختلف ليس بمحذور عنده وله نظائر في هذا الكتاب مع أن المقصود من هذا الكلام اثبات أن ذلك مذهبه فليتأمل (قوله يعني بالاتفاق) أقول اتفاق أبي يوسف لا يخلو عن بحث لعدم ظهور المانع من البيع

بالثمن الاول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا عندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما تكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله كذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن

بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا) أنه عند أبي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا (قوله ولو ولدت المبيعة ولدا) يعني بعد القبض (ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد) زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ماقبل القبض والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا (وعندهما تكون بيعا) ومن ثمرات الخلاف أنهما لو تقايلا في منقول فقبل أن يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع أيضا منها أن المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في أصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع أن يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها أن المبيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها أنه لو اشترى شيأ فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم أن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد ومنها أن السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حق الواهب كأنه اشتراه (قوله وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها) ووجه الفرق أن المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه إما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر الى نقد وإما مال حكما لا حقيقة فيما اذا أشار اليه لعدم تعلق العقد بما أشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير أنها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تتأدى زكاة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتأدى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فأظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع ما لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما اذا كان رأس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار أن السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا واذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك أو مثله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر أما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك أحدهما أيا كان فالاقالة صحيحة

بالثمن الاول عند أبي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بيناه من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض أما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ماذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فأمكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع وأما في غيره كالعقار فانه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عند أبي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال (وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة الخ) هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا اشترط وجوده عند البيع بخلاف الثمن لانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول وعليه

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة ومايرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في أول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بأنه غير مطرد ولا منعكس أما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم مرابحة لايجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه وأما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه من الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لاعقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول إما أن يراد به عين الثمن الاول أو مثله لاسبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا البائع الاول فلا يكون عينه مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لايخلو اما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان مااشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي أن لايضم الى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة أو وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى أن يقال نقل ماملكه من السلع بما قام عنده

﴿ باب المرابحة والتولية ﴾

قال (المرابحة نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح

مافرع في فتاوى قاضيخان وغيرها باع أمة فأنكر المشتري الشراء لايحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له حينئذ وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو أنكر البائع البيع والمشتري يدعي لايحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البائع بذلك حل له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة أيام وقبضها ثم رد على البائع جارية أخرى في أيام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه أنكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد أخرى فقد رضي بتملك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيأ مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له أن يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه أن ينتفع به وان كان يعلم ذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني أكثر من الاول فعليه أن يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع بأقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل أقلتنيه فالقول للمشتري مع يمينه في انكار الاقالة فان كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

﴿ باب المرابحة والتولية ﴾

(قوله المرابحة نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ماملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) أورد عليه مالو باع دنانير اشتراها بدراهم مرابحة لايجوز مع صدق التعريف عليه وأجيب عنه في بعض المواضع بأنه بيع مرابحة وكونه لايجوز شئ آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائزة بلا استثناء شئ وهذا مما صدقاته فيجب ان يجوز لكنه لايجوز والجواب عنه بأن المراد نقل ماملكه مما هو بيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ماملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدلي الصرف لايتعينان فلم تكن عين

هذه

﴿ باب المرابحة والتولية ﴾

(قوله من البيوع اللازمة وغير اللازمة) أقول من الذي فيه الخيار ومن الفاسد (قوله أما الاول الى قوله فلان المغصوب) أقول المسئلة في قاضيخان (قوله وذلك لان قوله بالثمن الاول الخ) أقول الثمن الاول غير متعين فكيف تكون عينه ملكا للبائع ويشهد عليه تعليل عدم جواز المرابحة في الصرف والاولى أن يقول لاسبيل الى الاول اذ لا يتصور ذلك (قوله من جنس رأس المال الدراهم) أقول قوله الدراهم بدل من رأس المال (قوله من الدراهم) أقول بيان الجنس (قوله أو من غير الدراهم) أقول عطف على من جنس (قوله من الدنانير) أقول بيان الغير (قوله أو على العكس الخ) أقول بأن يكون رأس المال دنانير ولا يخفى عليك ان مانقله من ذينك الكتابين انما يدل على عدم اشتراط مماثلة الربح لرأس المال جنسا لا على عدم شرطية مماثلة الثمن الثاني للاول في الجنس

(والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) (والبيعان جائزان)

شئ له الدنانير متعينة لتلزم مبيعا والذي يلزم وروده على التقدير الذي صححنا به الايراد ما اذا اشترى بثمن نسيئة لا يجوز أن يرابح عليه مع انه يصدق النقل بالثمن الاول الا أن يقال اذا كان فيه أجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق في أحدهما أنه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى ما اذا أبق العبد المغصوب فقضى بقيمته على الغاصب ثم عاد للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التي أداها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية وقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله وأجيب بما حاصله أن الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغصب انه يقول قام على بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يدفع ما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل ما ملكه بالثمن الاول مع زيادة ربح ولا ثمن سابق أصلا والله أعلم ومما يرد أيضا ما اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صار اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان (قوله والبيعان جائزان) استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية أحاديث لا شبهة فيها منها ما أخرج عبد الرزاق أخبرنا معمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد أخبرنا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه ويستوفيه الا أن يشرك فيه أو يوليه أو يقيله وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي احدى راحلتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم قد أخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فأخذ احداهما وهي القصواء فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فداك أبي وأمي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيرا ليس لي قال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض أهل العلم انه سئل لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة أوقية ونشا والنش هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان يكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن

والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بأن المراد العقد أعم من ان يكون ابتداء أو انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير خيانة فتدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة (قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح) يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب (والبيعان جائزان)

(قوله والجواب عن الاول أنا لا نسلم صدق التعريف عليه الخ) أقول فيه بحث فانه لا يجوز البيع الفاسد ويصدق عليه مبادلة المال بالمال ويجوز أن يقال المعرف ههنا المرابحة الصحيحة والمراد بالنقل هو النقل الصحيح الشرعي لان المطلق ينصرف الى الكامل ثم أقول ويمكن أن يجاب عن أصل الاعتراض الاول بأن يقال المراد بما ملكه هو المملوك المعهود الذي كان الكلام الى هنا فيه أعني السلع أو المراد بالعقد الاول العقد المعهود الذي كنا نتكلم فيه وهو بيع العين بالثمن فان السلم والصرف لم يسبق الكلام فيهما والفرق بين الجوابين ظاهر فان الاول أشمل (قوله واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا الخ) أقول لابد للمجاز من قرينة وهي غير ظاهرة هنا

لاستجماع شرائط الجواز وتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذى لا يهتدى فى التجارة والصفقة كاشفة يحتاج الى أن يعتمد على فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه و بزيادة ربح وقد صحت التولية من النبى صلى الله عليه وسلم كما ذكر فى الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضى وانتفاء المانع (ولهذا) أى للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين أى بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وأكده بقوله والاحتراز عن الخيانة وأصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة فى ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة بشبهة الخيانة كما لم تجز المجازفة فى الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل الخ) لا تصح المرابحة والتولية فى ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة فى القيمات ان أمكن وقد لا يمكن عن شبهها لان المشترى لا يشترى المبيع الا بقيمة ما وقع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهى مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشترى باعه مرابحة ممن ملك ذلك البدل من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم أو شئ من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وأما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا أى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين درهما كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال و ببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمى كالثوب مثلا أو بجزء من احد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادى عشر لا يعرف الا بالقيمة وهى مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو إما أن يطلق الربح أو ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة و ربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثانى كقوله بعتك بربح العشرة أو ده يازده فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته وهو

لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما فقال هو لك بغير شئ فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير ثمن فلا قال (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل) لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة (ولو كان المشترى باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشئ من المكيل موصوف جاز) لانه يقدر على الوفاء بما التزم (وان باعه بربح ده يازده لا يجوز) لانه باعه برأس المال و ببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

وأما المعنى فهو قوله (لاستجماع شرائط الجواز) ولما لم يكف ثبوت الشرائط فى الشرعية أفاد علتها بقوله (والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج الى أن يعتمد) على (فعل المهتدى وتطيب نفسه بمثل ما اشترى و بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما) ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بعد تراضيا عليه بعد أن لا يخل بما علم شرطا للصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما اذ لا زيادة فيهما الا اقترانهما بأخبار خاص اذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا مخبرا بأن ذلك الثمن الذى اشتريت به أو مع زيادة لا أرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله (ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض) يعنى الثمن (مما له مثل) كالنقدين والحنطة والشعير وما يكال و يوزن والعددى المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوهما (لانه لو لم يكن له مثل) بان اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه أو ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز أما لو كان ما اشتراه به وصل الى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كان يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذى بيدك و ربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب (جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزمه) من الثمن بخلاف (ما لو باعه) والحالة هذه (بربح ده يازده) فانه (لا يجوز لانه باعه برأس المال و ببعض قيمته) فان معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أى كل عشرة ربحها واحد يقتضى ان يكون الحادى عشر من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وحينئذ فالمرابحة على العبد بده يازده تقتضى أنه باعه بالعبد و ببعضه أو بمثل بعضه وهو كل عشرة أجزاء من العبد بجهاجزء آخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم حينئذ ما ذكر

(ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام) لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار ولان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وماعددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان (ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا) كى لا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

وهو انه باعه بالعبد و ببعض قيمته ﴿ومن فروع ذلك﴾ اشترى عبدا بعشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا أطلقه لان الثمن الاول يتعين فى العقد الثانى والربح مطلق فينصرف الى نقد البلد فان نسب الربح الى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفى المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام على بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ الا ان يصدقه المشترى انه نقد نيسابور أو تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور فى الوزن والجودة دون نقد بلخ ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور ولم يعلم أنه أوزن وأجود فهو بالخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك واعلم ان المعتبر فى المرابحة ما وقع العقد الاول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال (قوله ويجوز أن يضيف الى رأس المال أجرة القصار والصبغ) أسود كان الصبغ أو غيره (والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام) برا أو بحرا (لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد فى المبيع أو فى القيمة يلحق به) أى برأس المال (وماعددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته) من الطراز والفتل (يزيد فى العين والحمل) من مكان الى مكان (يزيد فى القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن) قال فى الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى فى بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (و) اذا ضم ما ذكر (يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم) والبقر (كالحمل) يضمه (بخلاف أجرة الراعى والبيت للحفظ لانه لا يزيد فى العين) ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم (و) كذا (أجرة تعليم العبد) صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا (لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه) أى فى المتعلم (وهو حذاقته) فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة فى المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليم الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا فى تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان فى ذلك عرف ظاهر يلحق برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر فلا يلحق بالسائق لانه لا عرف فى النادر والحجامة والختان لعدم العرف وتضم أجرة السمسار فى ظاهر الرواية وفى جامع البرامكة لا تضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة فى العقد تضم وقيل أجرة الدلال تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها فى الدواب وتضم الثياب فى الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ

ويجوز أن يضيف الى راس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال فى عادة التجار لان كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد فى ذلك فالصبغ واخواته يزيد فى العين والحمل يزيد فى القيمة لانها تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كى لا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا أبيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعى وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد فى العين ولا فى القيمة وبخلاف أجرة التعليم فاذا أنفق على عبده فى تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة فى المالية باعتبار معنى فى المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما أنفق على المعلم وعلى هذا أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان

(فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) إما بالبينة أو باقرار البائع أو بنكوله عن اليمين (فهو بالخيار عند أبى حنيفة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية (وقال محمد يخير فيهما) لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب أن يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى (والتولية والمرابحة ترغيب وترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة) وفواته يوجب التخيير (ولابى يوسف ان الاصل فى هذا العقد كونه مرابحة وتولية) لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطلت صلاحيتها لذلك فبقى ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثانى على الاول فيحط الخيانة فى الفصلين جميعا غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفى المرابحة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهما فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما (ولابى حنيفة انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية) لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير التصرف فيتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغير الصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل أن يرده أو استهلكه أو حدث فيه ما يمنع الفسخ فى بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط (ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن) كخيار

فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه (وان اطلع على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما) لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابى يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال وفى المرابحة منه ومن الربح ولابى حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن

أجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما انفق ويضم الباقى وتضم أجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر فى الدار والقناة فى الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقى الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه أو طين أو عمل هذه الاعمال لا يضم شيأ منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة (قوله فان اطلع المشترى على خيانة فى المرابحة) إما باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقد ادعاه المشترى هذا على المختار وقيل لا تثبت الا باقراره لانه فى دعوى الخيانة مناقض فلا تتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع (فهو بالخيار عند أبى حنيفة رحمه الله ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك) وان اطلع عليها فى التولية يحط قدرها (وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى فى المرابحة والتولية وهو قول الشافعى (وقال محمد يخير فيهما) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى (لمحمد أن الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية) لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيهما لا يتعلق الانعقاد به انما هو (ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه) كوصف الكتابة والخياطة (فبفواته) بظهور أن الثمن ليس ذلك (يتخير ولابى يوسف أن الاصل فيه) أى فى عقد المرابحة والتولية (كونه تولية ومرابحة) وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومرابحة عليه (وذلك بالحط غير أنه يحط فى التولية مقدار الخيانة من رأس المال وفى المرابحة يحطه منه ومن الربح) على نسبته حتى لو رابح فى ثوب على عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من رأس المال ومن الربح خمسه وهو درهم (ولابى حنيفة) فى الفرق بينهما كما قال أبو يوسف فى التولية وهو (أنه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول) والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر (و) أما (فى المرابحة لو لم يحط) لا تخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف (وان كان يتفاوت الربح) فانه يظهر أن الربح أكثر مما ظنه المشترى (فأمكن القول) ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه (فلو هلك) المبيع (قبل أن يرده) أو استهلكه (أو حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن فى الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شئ من الثمن)

كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لايجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشترى ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه

كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة و يقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة فى الفصلين لهما ان العقد الثانى عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابى حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا

كخيار الرؤية والشرط) وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد (بخلاف خيار العيب) لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به (فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه) وأما على قول أبى يوسف فلو هلك المبيع أو انتقص يحط وقوله فى الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير رواية الاصول أنه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشترى بناء على أصله فى مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة أنه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشترى ويرد القيمة و يسترد الثمن (قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه) من الذى باعه منه بمثل ما باعه (فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان) الربح (استغرق الثمن لم يبعه مرابحة) الا أن يبين (هذا عند أبى حنيفة) وهو مذهب أحمد (وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير) وهو قول الشافعى ومالك رحمهم الله (صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة) ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح عن هذه العشرة التى اشتراها بها منه الخمسة التى ربحها (فيبيعه مرابحة) على خمسة (و يقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه) ممن باعه منه (بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا) الا أن يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة (وعندهما يبيعه مرابحة على) الثمن الاخير وهو (عشرة فى الفصلين) من غير بيان (لهما أن العقد الثانى) وان كان ممن كان باعه منه فهو (عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول) ولذا لو كان فى الاول خيار لا يكون فى الثانى وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله والا لم تجز المرابحة أصلا وهذا لان بالشراء الثانى يتجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار (كما لو تخلل ثالث) بأن اشترى بعشرة ممن اشترى منه بعشرين (ولابى حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به) أى بالعقد الثانى (ما كان على شرف السقوط) من ذلك الربح (بأن يظهر) المشترى (على عيب) فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه منه تأكد أى تقرر ملكه لذلك الربح والتأكيد فى بعض المواضع حكم الايجاب كما فى شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع فى مسئلتنا مشتريا بالعقد الثانى ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فتكون الخمسة بازاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب (لان الشبهة فى المرابحة ملحقة بالحقيقة

وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روى عن محمد فى غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت أقل من الثمن دفعا للضرر عن المشترى قال (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح) الكلام فى وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وانما الكلام فى دليلها (قالا العقد الثانى عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول) وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن اشترى من مشترى مشتريه (وقال أبو حنيفة شبهة حصول الربح) الحاصل بالعقد الاول ثابتة (بالعقد الثانى لانه كان على شرف السقوط) بأن يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشترى تأكد ما كان على شرف السقوط وللتأكيد فى بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط واذا كانت شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثانى ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا فى بيع المرابحة

(قوله شبهة حصول الربح الحاصل الى قوله بالعقد الثانى) أقول قوله بالعقد الثانى متعلق بحصول (قوله لانه كان على شرف السقوط الخ) أقول سيجىء نظيره فى كتاب الاكراه

ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال (واذا اشترى العبد المأذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد) لان فى هذا العقد شبهة العدم بجوازه مع المنافى فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى

ولذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة) لان الغالب فى الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة فان قيل لو كان كذلك ينبغى أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين لانه على هذا التفسير يصير فى الشراء الثانى كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيد انما حصل به شبهة الايجاب احترازا عن الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد لا الشرع واذا ارضى المشترى به وقد علم يجوز ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما فى الربا ولو رضيا به وأورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع فى رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثانى وان كان يتأكد به انقطاع حق الواهب فى الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الوكالة الا فى عقد يجرى فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى يزداد فى الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعدما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لانه معنى يزداد فى الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك فى بيع المرابحة واذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعى فى ذلك (وبخلاف ما لو تخلل ثالث) لتأكيد الربح بالبيع من الثالث ووقع الامن من البطلان به فلم يستفد المشترى الاول بالشراء الثانى تأكيد الربح وهذا بخلافه (قوله واذا اشترى العبد المأذون له فى التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين محيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه) أى المولى (يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه) بعشرة (فباعه من العبد) بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد مرابحة على عشرة (لان فى هذا العقد) أعنى الذى جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم يكن من كسب العبد فى كسبه و يسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما (فله شبهة العدم) لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبق ما فى يده لنفسه ويقضى دينه من عنده وكذا فى كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز فرد فى الرق فصار كانه باع ملك نفسه من نفسه أو اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التى ذكرناها صححناه فظهر انه جائز (مع المنافى) وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين (فاعتبر عدما فى حكم المرابحة وبقى الاعتبار للعقد (الاول) وهو الكائن بعشرة (فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى فى الفصل الاول) وهو ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى (وكأن يبيعه) لأجل (المولى فى الفصل الثانى) وهو

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الغلط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بأنه لو كان كذلك ما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير فى الشراء الثانى كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض وأجيب بأن التأكيد له شبهة الايجاب فى حق العباد احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا فى حق الشرع وشرعيته جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد فى المرابحة وأما جواز البيع وعدمه فى شبهة الربا لحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح الاول بالشراء الثانى فانتفت الشبهة قال (واذا اشترى العبد المأذون) واذا اشترى العبد المأذون (له فى التجارة ثوبا بعشرة) والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان فى هذا العقد) أى بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافى وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له أن يقضى الدين ويتفرد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما فى حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثانى لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه ما اذا

فيعتبر الثمن الاول قال (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف) لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه

ما اذا باعه المولى من عبده (فكان المعتبر الثمن الاول) وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان المأذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما للمرابحة لالكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع أمانة تنفى عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بأنه اشتراه منه بزيادة أو باعه منه كذلك ولهذا قال أبو حنيفة اشترى شيأ من أبيه أو أمه أو ولده أو اشترى هؤلاء منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الا على الثمن الذي قام على البائع الا أنهما خالفا في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هؤلاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وأبو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هؤلاء كأنه للآخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة أحدهم للآخر وتجرى المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضيخان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين أصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه أجنبي من كسبه فلان لا يربح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين أولى لانه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني أصلا لانه انما يبيع ماله من نفسه أو يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما رابح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول نحو ان تكون السلعة اشتريت بألف من شركتهما فاشتراها أحدهما من صاحبه بألف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على ألف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله (واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله) وهو وجه المنع لزفر لكنا أجزناه (لما فيه من) فائدة (استفادة ولاية التصرف وهو المقصود) بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب (والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه) أي المضارب (وكيل عنه) أي عن رب المال (في البيع الاول من وجه) وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز

باثني عشر ونصف) لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة (لان هذا البيع) أي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر ففيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة ألا ترى أنه اذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن وأما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المصنف بقوله ألا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه

(قوله واغا قيد بالدين المحيط برقبته الى قوله والحق قيده لما ذكرنا) أقول وانما لم يقيده اذ لا مدخل له في حق حكم المذكور وهو عدم جواز بيعه مرابحة الا على الثمن الاول وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه بتأمل ثم في قوله والصدر الشهيد بحث وان شئت فعليك بمطالعة غاية البيان

وعلى هذا وجب أن لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال (ومن اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشترى) بآفة سماوية أو بفعل الجارية نفسها (أو وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء (جاز له أن يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان) لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم أن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن (قوله ولهذا) توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشترى لا يسقط شئ من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها شئ من الثمن وعورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشترى اذا وطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشترى وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما أن يردها مع العقر أو بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطء للمشترى مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع (وعن أبي يوسف أنه لا يبيع في الفصل الاول) أي في صورة الاعورار (من غير بيان) كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناه على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية أو بصنع العباد (وأما اذا فقأ عينها) راجع الى أول المسئلة وفي بعض النسخ فلنا فيكون جوابا لقول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا فقأ المشترى عينها (بنفسه أو فقأها أجنبي) سواء (و) من كان بأمر المشترى أو بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف أما اذا كان بأمر المشترى فلانه كفعل المشترى بنفسه وأما اذا كان بغير أمره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشترى حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في النهاية كأن ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لأخذ الارش فأخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك (وكذا ان وطئها وهي بكر) لا يبيعها مرابحة الا بالبيان (لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها) فلابد من البيان

فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال (ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين) لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله (فأما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها

ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح (فاعتبر البيع الثاني عدما في نصف الربح) الذي هو حصة رب المال بمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا تهمة فيه ولو اشتريا سلعة فاقتسماها فاذا أراد أحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصة من الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كانت مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا (قوله ومن اشترى جارية فاعورت) أي من غير صنع أحد بل بآفة سماوية أو بصنعها بنفسها (يبيعها مرابحة ولا يبين) انه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور (و) كذا لو (وطئها وهي ثيب) ولم ينقصها الوطء وهذا (لان الاوصاف لا يقابلها) جزء من (الثمن) لانها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف (ولهذا لو فاتت قبل التسليم) الى المشترى بعد العقد (لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن أبي يوسف في الفصل الاول) وهو ما اذا اعورت الجارية (انه لا يبيع) مرابحة (من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي) وزفر والاحتباس بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله (وأما اذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها أجنبي) بأمر المشترى أو بغير أمره (فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين) والتقييد بفقء المشترى والاجنبي احتراز عما لو فقأت عينها بنفسها فانه كما بالآفة السماوية لانه هدر فلا يكون المشترى حابسا شيأ وأخذ الارش ليس بقيد بل اذا عورها الاجنبي لا يرابح الا ببيان لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا (انه صار مقصودا بالاتلاف) فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره (فيقابل ببعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها)

(ولواشترى ثوبا فأصابه قرض فأرأوحرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين) والمعنى ما بيناه

(و) من هذا (لواشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أوحرق نار) أو طعاما فتغير (بيبعه مرابحة من غير بيان) وقرض بالقاف وذكر أبو اليسر بالفاء (ولو تكسر) الثوب (بطيه ونشره) لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود وبه نأخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكر انها انتقصت ايهام للمشترى ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا محطوطة وقد ذكر أول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه انه قيمتها وهذا يبين انه لا يروم شراءها الا بقيمتها كى لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تقريرا له وقريب من هذا ماروى هشام عن محمد ان ذلك اذا نقصه العيب شيأ يسيرا فان نقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعنى بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اشتراه فى حال غلائه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ الزام قوى واستشكل على قوله الفائت وصف لا يقابله شئ من الثمن المشترى بأجل فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان أجيب بأن الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شئ من الثمن ما اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشترى بالوطء حابسا جزأ من المبيع عنده وأجيب بأن عدم الرد فى هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا أو من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثانى لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم المشترى الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شئ لانها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز أن يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز فى صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشترى أو للبائع زيادة متولدة من العين أو شئ وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطء ﴿فروع﴾ لو أصاب من غلة الدار أو الدابة شيأ رابح بلا بيان لان الغلة ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو أصاب من لبن الغنم وصوفها فانه اذا رابح يسقط من رأس المال قدر ما أصاب من ذلك ويقول قام على بكذا وتقدم انه اذا أنفق فى طعام الرقيق والدواب انه يضمه فى غير السرف ولو ولدت الجارية أو الغنم أو أثمر النخيل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيأ من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشترى الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما أصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يرابح الا ببيان وفى المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة أو تولية أو وضيعة فالثمن بينهما أثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشترى والموهوب وبيعهما فى العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبنى على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشترى مرابحة فانه يحط ذلك من المشترى الآخر مع حصته من الربح ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعى لا يحط عن الثانى بهذا السبب شئ وأصله ان الحط يلتحق بأصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كأن العقد عقد عما بقى فيثبت ذلك فى حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل فى المرابحة والتولية فان له ان يرابح على

(ولو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار) بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص أبو اليسر على انه بالفاء (أوحرق نار) جاز أن (يبيعه مرابحة من غير بيان) لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن (ولو تكسر) الثوب (بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة) بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله (والمعنى ما بيناه) اشارة الى هذين الدليلين

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ذلك للمشترى (فعلم المشترى فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع) فانه يزاد فى الثمن لاجل الاجل والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بأن الغلام السليم الاعضاء يزاد فى ثمنه لأجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر فى مسئلة اعورار العين وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوصا عليها أنها فى مقابلة السلامة وما نحن فيه شرط أن يقول ان أجلتنى مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فتثبت زيادة الثمن فى الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك فى سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد وان هلك المبيع أو استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن يعنى فى الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فأما أن يسقط شئ من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال (وان كان ولاه اياه) يعنى أن التولية كالمرابحة فيما اذا علم المشترى انه كان اشتراه بأجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشترى الخيار لان التولية فى وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان (وان كان (استهلكه ثم علم) بالخيانة (لزمه بألف حالة لما ذكرنا) أن الاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبى يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الاتفاق وسيأتيك من بعد فى مسائل) منثورة اجل قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه أبو الليث روى عن محمد انه قال للمشترى أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله فى التحالف مستقيم فانه أقام القيمة مقامه وقيل هو قول أبى جعفر البلخى (يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد لكنه منجم) معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة أو منجما قيل لابد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال

قال (ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشترى فان شاء رده وان شاء قبل) لان للاجل شبها بالمبيع ألا يرى انه يزاد فى الثمن لاجل الاجل والشبهة فى هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما فى العيب (وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة) لان الاجل لا يقابله شئ من الثمن قال (فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء) لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لانه بناء على الثمن الاول (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة) لما ذكرناه وعن أبى يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا فى العقد ولكنه منجم معتاد قيل لابد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال

كل الثمن ويوليه (قوله ومن اشترى غلاما) أو غيره (بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة بالالف (فعلم المشترى) بذلك (فله الخيار (ان شاء رده وان شاء قبل) بالالف والمائة حالة وانما يثبت له الخيار (لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى أنه يزاد فى الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين) بالالف (وباع أحدهما) به على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة (فاذا ظهرت يخير) على ما عرف من مذهب أبى حنيفة ومحمد ولو فرع على قول أبى يوسف ينبغى أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله فى هذا يزاد لأجل الأجل هذا اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع (فلو علم) بعد ما هلك أو استهلكه (لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شئ) حقيقة والذى كان ثابتا له مجرد رأى وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا (لو كان ولاه اياه ولم يبين) أنه اشتراه الى أجل فعلم المشترى قبل الهلاك يعنى يثبت له خيار الرد وقبوله بالالف الحالة ولو فرع على قول أبى يوسف ينبغى أن يفعل ما ذكرنا (وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا) من أن الأجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة (وعن أبى يوسف أنه) بعد الهلاك (يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير) قوله فى (ما اذا استوفى) صاحب الدين من دائنه (مكان) الدين (الجياد زيوفا) وهو لا يعلم بزيافتها حتى أنفقها فانه عند أبى يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد (وسيأتيك) ان شاء الله تعالى فى مسائل منثورة (وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما) على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندوانى (ولو لم يكن الأجل مشروطا فى العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن) ما كان الا (حالا) فى العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط

(قوله وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل الخ) أقول فى الاشارة خفاء

قال (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد) لجهالة الثمن (فان أعلمه البائع يعنى فى المجلس فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه) لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم فى المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية

أجل فلم ينقده الى شهر مطلا فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالالف (قوله ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع يعنى فى المجلس) ما قام به عليه (فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد) وان كان فى صلب العقد لكنه (لم يتقرر) انما يتقرر بمضى المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع فى أطرافه كالواقع معا كان تأخير البيان أى بيان قدر الثمن (كتأخير القبول الى آخر المجلس) فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق أول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن فى تحقق الفساد موقوفا الى آخره فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذى سكت فيه عنه وان انقضى قبله تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا (وانما يتخير) بعد العلم فى المجلس (لان الرضا لم يتم قبله) فلم يتم البيع (كما فى خيار الرؤية) لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها يتخير ﴿فروع﴾ اشترى ثوبا ليس له أن يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ماله نسبة معلومة منه كنصفه ثلثه ثمنه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أى النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام على بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح الا على ما بقى ولو باعه بالثمن عرضا أو أعطى به رهنا فهلك كان له أن يرابح على الثمن لانه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوز بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقالة له أن يرابح على الثمن الذى كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لانه ما عاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضى به له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية وكذا لو اشترى مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيأ بغبن فاحش أو بدين له على انسان وهو لا يشترى بذلك القدر بالغبن فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اشترى بالدين ما يباع بمثله جاز أن يرابح عليه سواء أخذه بلفظ الشراء أو بلفظ الصلح فى رواية وفى ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء لما تقدم لكن الوجه أنه اذا علم أنه ثمنه وجب أن يرابح عليه لان منع المرابحة ما كان الا التهمة الحطيطة فاذا تيقن انتفاءها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى ولو اشتريا رزمة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما أن يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا مكيلا جنسا واحدا فاقتسماه حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد فقومها ثوبا ثوبا ليس له أن يبيع ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا ما قدمنا من أنه يقول قيمة هذا ألف أو قوم هذا بكذا أو أنا أبيعك مرابحة على هذه القيمة كما مر فى الرقم بأزيد من ثمنه أما لو أسلم فى ثوبين ووصفهما بصفة واحدة ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على نصف رأس مال السلم عند أبى حنيفة وعندهما يجوز ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له

قال (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه الخ) اذا قال وليتك هذا بما قام على يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشترى بكم قام عليه (فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان أعلمه البائع فى المجلس) صح البيع ويخير المشترى (ان شاء أخذه وان شاء تركه) أما الصحة فلأن الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم فى صحته بالبيان فى المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه وأما خيار المشترى فللخلل فى الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان فى معنى خيار الرؤية فألحق به

﴿ فصل ﴾ وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية قال (ومن اشترى شيأ مما ينقل) نقلا حسيا (و) هو المراد بقوله (يحول) فسره بذلك لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر (لم يجز له أن يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع مالم يقبض) وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال ان اشترى أحدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام

يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال وأحسب كل شئ مثل الطعام وذلك دليل على أن التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ابتياع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه انتهى والجواب ان البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى

﴿ فصل ومن اشترى شيأ مما ينقل ﴾ ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض

ذلك وان كان مثليا وهو جنس واحد كطعام أكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه عليه بالقيمة باعتبار الاوصاف أعني الذرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي أن لا يرابح في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله أن يبيع كل واحد مرابحة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة ده يازده فطريقه أن يجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزأ فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة وعشرة فتسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم

﴿ فصل ﴾ (قوله ومن اشترى شيأ مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه) انما اقتصر على البيع ولم يقل أن يتصرف فيه لتكون اتفاقية فان محمدا يجيز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه أخرجه الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس أيضا قال وأحسب كل شئ مثل الطعام أخرجه عنه أئمة الكتب الستة وعضد قوله ما روى أبو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني فيه ربحا حسنا فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج النسائي أيضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيأ حتى تقبضه ورواه أحمد في مسنده وابن حبان وقال هذا الحديث مشهور وعن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل أن المخرجين منهم من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف ابن ماهك نفسه عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن أصبغ بسماعه منه والصحيح أن بينهما عبد الله ابن عصمة الجشمي حجازي ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي أو غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة

﴿ فصل ومن اشترى مما ينقل ﴾ (قوله احترازا عن المدبر) أقول فانه لا ينقل نقلا شرعيا (قوله فان تخصيص الطعام يدل على أن الحكم الخ) أقول فيه أن الخصم ينازع في كون المفهوم حجة ولو سلم فلا يعارض المنطوق (قوله معروفا بين الصحابة) أقول فيه تامل

ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك (ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز) رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة

النهي كلامه فالحق أن الحديث حجة والذي قبله لذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لابي حنيفة بذكر هناك والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث (لان فيه غرر انفساخ العقد) الاول (على اعتبار هلاك المبيع) قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ماطوى عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى أنا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذ كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر أن السبب ماقلنا هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك واذا أجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل قبضها اذا كانت عينا أولى فصار الاصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولان يشرك فيه غيره الى آخر ماذكرنا ومالا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ولو أوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا أوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه أن تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع وأيضا هذه التصرفات تبنى على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه فكان قاصرا في حق اطلاق التصرف وأما أعتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض أيضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب أنه أضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك أيضا فكان أكثر مظانا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار أمر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء أجيب بان الغرر في المبيع لا لمجاور له فانه باعتبار انه مملوك أو غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك وأورد على التأثير ان بعد تسليم أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض أي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيترادان ومثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق (قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو قوله الآخر (وقال محمد لا يجوز) وهو قول أبي يوسف الاول وقول الشافعي (رجوعا الى اطلاق الحديث) يعني عمومه وهو مافي

هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ماطوى عنك علمه وقد تقدم واعترض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا وأجيب بأن عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وأحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح مالم يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة

(قوله وأجيب بأن عدم جواز الخ) أقول الاعتراض كان متوجها على الدليل المعقول لا على الاستدلال بالحديث فلا يستقيم هذا الجواب

(قوله فلم يلحق به) أقول أي بطريق الدلالة (قوله رجوعا الى اطلاق الحديث) أقول أي عمومه

(ولهما ان ركن البيع صدر من أهله) لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه (فى محله) لانه محل مملوك له وذلك يقتضى الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو فى العقار نادر فيه فصح العقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء المانع فى العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب وأجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشترى وحينئذ لا يملك المشترى الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء القاضى عاد له الرد والاولى أن يقال كلامنا فى غرر الانفساخ وماذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك فى العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهى عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بأنه تعليل فى موضع النص وهو ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو عام والتعليل فى موضع النص غير مقبول وأجيب بأنه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف فى الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فحملناه على المنقول كذا فى المبسوط وفيه بحث لان

المراد بالحديث النهى عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيأ فلا تبعه حتى تقبض سلمنا انه نهى عن بيع مالم يقبض من ملكه الذى ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح تخصيصا لانا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل فى العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ماليس فيه ذلك اذ الشئ لا يحتمل تناول ماينافيه تناولا فرديا واعلم انى أذكر لك ماسنح لى فى هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع به جميع ذلك وهو أن يقال الاصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى وأحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ماروى أنه نهى عن بيع مالم يقبض ثم لا يخلو إما أن يكون معلولا بغرر الانفساخ أولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه و بين ماروى فى السنن مسندا الى الاعرج عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر و بينه و بين أدلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لامحالة و كما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق و بدل الخلع و يكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله أعلم بالصواب

ولهما ان ركن البيع صدر من أهله فى محله ولا غرر فيه لان الهلاك فى العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز

حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيأ حتى تقبضه بخلاف ماقبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول أعنى قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم والنهى عن ربح مالم يضمن ولو باع العقار بربح يلزم ربح مالم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا تجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفى هذا العقار والمنقول سواء (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف (ان ركن البيع صدر من أهله فى محله) والمانع المثير للنهى وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف (فان هلاك العقار نادر) والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب أبى حنيفة فى موضع لا يخشى عليه أن يصير بحرا أو يغلب عليه الرمال فاما فى موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما فى المنقول ذكره المحبوبى وفى الاختيار حتى لو كان على شط البحر أو كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذى استدل به (معلول به) أى بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذى لا يمتنع بالغرر نافذ فى المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه و به ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق فى استدعاء ملك تام فوق البيع و يجوز فى المبيع قبل القبض العتق (وانما قلنا) التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح وأورد انه تعليل فى مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدى الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه أشياء منها جواز التصرف فى الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج فى بدل الخلع وكذا رب الدين فى الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا أخذ

قال المصنف (ولهما أن ركن البيع الخ) أقول اذا استدل محمد بأنه اذا باع العقار الغير المقبوض بربح يلزم ربح مالم يضمن وهو منهى فاجوابهما عنه (قوله ومنع انتفاء المانع فى العقار فانه الى قوله وأجيب بأنه) أقول المجيب هو الاتقانى وضمير فانه راجع الى المانع وضمير بأنه فى قوله وأجيب بأنه راجع الى الرد (قوله لكن التخصيص لبيان أنه لم يدخل فى العام الخ) أقول فيه بحث فان لفظة مالم يقبض يتناول العقار أيضا والقياس تخصيصه بالمنقول (قوله وان لم يكن وقع التعارض) أقول فيه تأمل اذ لا يظهر التعارض بينه و بين ماروى مسندا الى الاعرج (قوله و بينه و بين ادلة الجواز) أقول اذا كان مخصصا لادلة الجواز فكيف يوجد التعارض

(قوله والاجارة) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال فى الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف فى الاصل وهو الرقبة ملك فى التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة الخ) اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد وأراد التصرف فذلك على أربعة أقسام اشترى مكايلة وباع مكايلة أو اشترى مجازفة وباع كذلك أو اشترى مكايلة وباع مجازفة أو بالعكس من ذلك فى الاول لم يجز للمشترى من المشترى الاول أن يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم فى حق المشترى الاول كذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة فى الموزون فكان مثله وفى الثانى لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفى الثالث لا يحتاج المشترى الثانى الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا فى ملك نفسه

قال المصنف (والاجارة قيل على هذا الاختلاف) أقول قال العلامة الكاكى وفى الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف فى الرقبة ملك التصرف فى التابع وما لا فلا وفى الفوائد الظهيرية وقيل الاجارة لا تجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لذلك وفى الكافى وعليه الفتوى انتهى (قوله لان المنافع بمنزلة المنقول) فى الفصل التاسع عشر من الفصول العمادية والشيخ الامام أبو الفضل الكرمانى أورد عليه اشكالا انه اذا أجر المستأجر قبل القبض يجوز ولو صح ما قال لا يجوز انتهى قال ابن البزازى وأنت خبير بأن العين قائم مقام المنفعة فى حق ارتباط الآلتين فينظر أيضا الى ما قام به المنفعة انتهى وما ذكره تأييد للاشكال لا جواب عنه كما يوهم ظاهر عبارته

والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه فى الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر قال (ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن) لان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة

الشفيع قبل قبض المشترى ولاشك ان تملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض وأما الالحاق بالاجارة فى منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال فى الفوائد الظهيرية أن الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف الا أن المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفى الكافى وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف فى الثمن قبل القبض يجوز وفى المبيع لا يجوز كان تتميمه بأن نذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان أبدا وذوات القيم مبيعة أبدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة أو بالاعيان وهى معينة ثمن أو غير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا فى غير الصرف والسلم واختلف فى القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم أقال فبيعه من المشترى قبل القبض يجوز ومن الاجنبى لا يجوز وللشافعى قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه فى حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل أحد وما هو فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق ثالث يجوز من المشترى لا الاجنبى (قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة أو موزونا موازنة) أى اشتراه على كذا كيلا أو رطلا (فاكتاله أو اتزنه) لنفسه (ثم باعه مكايلة أو موازنة) فى الموزون (لم يجز للمشترى منه أن يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى) روى من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفا أسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن أبى شيبة وأعل بمحمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى وبلفظه من حديث أبى هريرة وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار حدثنا محمد بن عبد الرحمن حدثنا مسلم الجرمى حدثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة وقال لا نعلمه يروى عن أبى هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان آخريان عن أنس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق أخبرنا معمر عن يحيى بن أبى كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه فى غرائر

قال المصنف (لان الزيادة له) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فكان كما قاله على انه عشرة أقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على المكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأن باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري ويجوز أن يجعل من باب الغرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت

لان الزيادة له بخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

ثم يبيعه انه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعاه حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع اذ عسى ان يكون أنقص أو أزيد فيضيع ماله عند البائع أو مال البائع عنده فألحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما والحقوا بالمكيل الموزون و ينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معاددة و به قال أبو حنيفة في أظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص ولهذا ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل أو الموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فأولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة فمقتضى منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة أما اذا اشتراه مجازفة بيع صبرة فله أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه (لان الزيادة له) قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البائع مكايلة و باعه كذلك أما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه صاع البائع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة أما لو كان ملكه بالارث أو الزراعة أو اشترى مجازفة أو استقرض حنطة على انها كر ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي أمر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو أكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه أكل ملك نفسه الا أنه آثم لترك ما أمر به من الكيل فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فأكلها هو آثم كأنما تقدم انه لا يحل أكل ما اشتراه شراء فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل أكله اذا أكله أن يقال فيه أكل

للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف على تقدير عدمه أولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كقوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا وأما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك بما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بأنه دعوى مجردة وأجيب بأن التفصي عن عهدة ذلك بأن يقال قوله تعالى وأحل الله البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة أو نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم تكن في معنى ما ورد به النص لتلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف

ولامعتبر بكيل البائع وهو المشترى الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشترى الثانى لان الشرط صاع البائع والمشترى وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتى فى باب السلم أن من أسلم فى كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب المال بقبضه لم يكن قبضا وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان فى كلام المصنف رحمه الله ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة أولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر فى آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضى أن يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد فى الصحيح من الرواية انما هو فى العقد الواحد بشرط الكيل وأما اذا وجد العقد بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بأن يكون المراد بالبائع فى قوله ولو كاله البائع المشترى الاول وبالمشترى هو الثانى وبالبيع هو البيع الثانى ومعناه ان المشترى إذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان فى هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفقتان كما فى أول المسئلة وما سيأتى فى باب السلم وأما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضى أن يكتفى بالكيل الواحد فى أول المسئلة أيضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة أو قياس أو استحسان لكان ذلك مدفعا جاريا على القوانين لكن لم أظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روى عن أبى يوسف ومحمد وهو رواية عن أبى حنيفة لانه ليس بمال الربا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قد مر أنه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع مزارعة وكالموزون فيما روى عن أبى حنيفة وهو قول الكرخى لانه لا تحل الزيادة ألا ترى ان من اشترى جوزا على انه ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن فى الموزون قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) سواء كان مما لا يتعين كالنقود أو مما يتعين

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشترى لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين فى باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما روى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال (والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز)

أكل حراما (قوله ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع) من المشترى الثانى (وان كان) كاله لنفسه (بحضرة المشترى) عن شرائه هو (لانه ليس صاع البائع والمشترى وهو الشرط) بالنص (ولا بكيله بعد البيع) الثانى (بغيبة المشترى) وغيبة وكيله فى القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المأمور به لتسليم المقدار الواجب (وان كاله) أو وزنه (بعد العقد بحضرة المشترى) مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشترى المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان فى ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما فى الجامع فى بيع قفيز من صبرة اذا كان البائع قفيزا منها بغير حضرة المشترى فهلك أن البيع قائم فى قفيز مما بقى ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل الطعام بحضرة رجل ثم اشتراه فى المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله المشترى منه أولا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز (قوله والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز) بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين أولا يتعين

كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم أو بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضى الله عنهما كنا نبيع الابل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين أى فى النقود بخلاف المبيع قال

لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال (ويجوز للمشترى أن يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشترى فى المبيع ويجوز أن يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعى رحمه الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ

عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك أيضا فى المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ وليس فى الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع وتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها واستثناء السلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا فى الصرف وأيده السمع وهو ما فى السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو يريد أن يدخل حجرته فأخذت بثوبه فسألته فقال اذا أخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذى فى الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطنى وقول الترمذى لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره وان كان شعبة قال حدثنى قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثنى داود بن أبى هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثنى فلان أراه أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا أهابه لان المختار فى تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للاثر انه لم يكن يقتضى أحد النقدين عن الآخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عنه صلى الله عليه وسلم وأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه وأما الميراث فالصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث فى الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث (قوله ويجوز للمشترى أن يزيد للبائع فى الثمن ويجوز للبائع أن يزيد للمشترى فى المبيع ويجوز أن يحط من الثمن) وسنذكر شرط كل منهما (ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك) من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشترى أن يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع أصل الثمن وفى صورة الحط للمشترى مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقى بعد الحط (وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصحان) أى الزيادة والحط (على اعتبار الالتحاق) بأصل العقد (بل) الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشترى والحط ابراء من بعض الثمن متى رده يرتد وجه قولهما ان المبيع دخل فى ملك المشترى بالقدر الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل فى ملك البائع فلو جازت الزيادة فى المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه أعنى الثمن قلنا انما يكون ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما

(ويجوز للمشترى أن يزيد البائع فى الثمن) اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا أو باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا أو حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفى الاصل والزيادة ولا يملك المشترى مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشترى مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقى بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعنى الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشترى على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا وعند زفر والشافعى لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة أى الهبة ابتداء لا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشترى ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فالزيادة فى الثمن تكون فى مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفى الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ بالزيادة

(قوله لعدم تعينها بالتعيين أى فى النقود) أقول فيكون الدليل أخص من المدعى قال المصنف (وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ) أقول قوله وكذا الحط أى لا يلحق بأصل العقد (قوله فلا يمكن اخراجه أى اخراج كل الثمن عن المقابلة بكل المبيع

ولنا أن البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالاقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشئ أهون من التصرف في أصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين أو لهما خيار الشرط فأسقطا أو شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد ولنا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشئ يقوم بذلك الشئ لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض أجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل بأصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا وأما حط الجميع فتبديل للعقد لانه إما أن يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمت انه حال لم يقصداه أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في المبيع دون الهبة فلا يلتحق بأصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض بأصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى تجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر وليتك هذا الشئ وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملحقا بأصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمها أيضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط

ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا أو خاسرا أو عدلا ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغير وصار كما اذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بأصل العقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط

الزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار ورأينا الشرع أثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما أما الاول فتحويله من عدم اللزوم الى اللزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا وأما الثاني فبالاقالة وهي تعيده الى قديم الملك فأولى أن يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر أو خاسرا الى رابح والى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه أو زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق بأصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشئ يقوم به بخلاف ما لو حط الكل لانه تبديل لاصله اذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة الى عقد التبرع فلا يلحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرا (ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز) المرابحة (على الكل) من الاصل والزائد ويجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا الاول فقط وكذا التولية (ويباشر) العقد في المرابحة والتولية (على الباقي) بعد الحط (و) كذا (في الشفعة حتى يأخذها) الشفيع (بالباقي) فقط فان قيل لو التحقا لزم أن يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من

(قوله فصار) أي كل واحد من الزيادة والحط قال في الذخيرة وفي المحيط البرهاني في الفصل الحادي عشر من كتاب البيع اذا وهب بعض الثمن قبل القبض أو أبرأه عن بعض الثمن قبل القبض فهو حط أيضا وان كان البائع قد قبض الثمن ثم حط البعض أو وهب البعض بأن قال وهبت منك بعض الثمن أو قال حططت عنك بعض الثمن صح ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري ولو قال ابرأتك عن الثمن بعد القبض لا يصح الابراء انتهى ووجه الفرق مذكور في الكتابين المذكورين فراجعهما فانه مهم في الغاية (قوله واذا صح يلتحق بأصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له) أقول الزيادة في المكيلات والموزونات والمعدودات ليست بوصف فكيف يصح الالتحاق فيما اذا كانت مبيعة (قوله ووصف الشئ يقوم بذلك الشئ) أقول وعندي أن المراد بالوصف هو كون العقد خاسرا ورابحا وعدلا على ما يدل عليه سياق الكلام ولو صح ما ذكره لبقي التحاق الحط بلا دليل ولا يخفى ما فيه (قوله فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك الخ) أقول يعني بطريق الالتحاق والا فحط الكل صحيح بطريق البر والصلة بالاتفاق (قوله فالشرط فيه قيام الثمن) أقول والا لم يكن بيعا (قوله لانه اما أن يبقى بيعا باطلا) أقول كما سبق في أحكام البيع الفاسد (قوله فيلتحق حط البعض) أقول لا يكفي لثبوت الالتحاق عدم المانع منه بل لا بد من المقتضي أيضا ولم يتبين فلا يستقيم التفريع

(قوله وانما كان للشفيع) جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما

وهذا كله اذا كان المبيع قائما وأما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق بأصل العقد استنادا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائما تقديرا وتجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك أو ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد في حقه فائدة فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فتبقى والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم و يكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شئ من الثمن

وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) لان الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه

الاصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذ الا بدون الزيادة أو يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع أجاب بقوله (وانما كان للشفيع أن يأخذها) في صورة الزيادة (بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت) قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه بأخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط الزيادة والحط فقال (ثم الزيادة) الى آخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد أو الدابة أو حكما بأن أعتقه أو دبره أو كاتبه أو استولدها أو باع أو وهب وسلم أو آجر أو رهن ثم باعه من المستأجر والمرتهن أو طبخ اللحم أو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشتري الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب أحق بها اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا أجر أو رهن أو خاط الثوب أو اتخذ الحديد سيفا أو قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه حيث تثبت الزيادة في كل هذه وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك (لانه لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه) والالتحاق وان كان يقع مستندا فالمستند لابد أن يثبت أولا في الحال ثم يستند وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا وقتها (وقوله على ظاهر الرواية) احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن أبي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيأ بمقابلته كما لو خالع امرأته مع أجنبي أو صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيأ بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن (بخلاف الحط) فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط (البدل) أي الثمن (عما يقابله) وحاصله اخراج القدر المحطوط عن أن يكون ثمنا فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح (قوله ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما صار مؤجلا) وهو قول مالك خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتأجيل وهو قول زفر لانه بعد أن كان حالا ليس الا وعدا بالتأخير قلنا (الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه)

قال (ومن باع بثمن حال) ثم أجله بأجل معلوم اذا باع شيأ بثمن حال ثم أجله لا يخلو من أن يكون الاجل معلوما أو مجهولا وهذا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه

(قوله والزيادة في المبيع جائزة) أقول بعد الهلاك

ولان التاجيل اثبات براءة موقتة الى حلول الاجل وهو علك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلأن علك البراءة الموقتة أولى وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة فان كان الاول كما اذا أجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع

ألا ترى أنه علك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا) لما ذكرنا (الا القرض) فان تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي والله تعالى أعلم

وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتأجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التأخير شرعا اذا أخر وقوله (ألا ترى) الى آخره يستدل به مستقلا في المطلوب وهو أن الشرع أثبت عند اسقاطه السقوط والتأجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا (ولو أجله الى أجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح) ومجيء المطر (لا يجوز) ولا يجوز التأجيل به ابتداء (وان كانت) يسيرة (كالحصاد والدياس يجوز) ويلزم كما اذا كفل اليها (وقد ذكرناه من قبل) يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين (وكل دين اذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح) ولو شرط الاجل في ابتداء القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح أيضا لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فأجل ورثته صرح قاضيخان بأنه لا يصح كما لو أجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغي أن يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين أن يؤجل بعد استهلاك القرض أو قبله وهو الصحيح وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تأجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ ووجه المسئلة ان القرض تبرع (لانه صلة في الابتداء واعارة حتى يصح) القرض (بلفظ أعرتك) هذه الالف بدل أقرضتك ونحوه (و) لهذا (لا يملكه من لا يملك الصلات والتبرعات كالوصي والصبي) والعبد والمكاتب (ومعاوضة في الانتهاء) لانه أعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك وأخذ مثله (فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل كما) لا يلزم تأجيل (الاعارة) فانه لو اعاره المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تأجيل في التبرع (وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح) أيضا (لانه يصير) بهذه المعاوضة (بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا) ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيأ كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم المثل المردود حكم العين كأنه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دارهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتأجيل في الاعيان لا يصح (بخلاف ما اذا أوصى أن يقرض من ماله ألف لفلان الى سنة حيث يلزم) ذلك (من ثلثه لانه وصية بالتبرع) فيلزم كما تلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره

(وقد ذكرناه من قبل) يعني في أواخر البيع الفاسد قال (وكل دين حال اذا أجله صاحبه صار مؤجلا) كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا (لما ذكرنا) انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة (ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء) لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين (فعلى اعتبار الابتداء لا يصح) أي لا يلزم التأجيل فيه (كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا) وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه وأجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض (بما اذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا الى سنة) فانه قرض مؤجل وأجله لازم (حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه) الى سنة وأجيب بأن ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها

(قوله حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه) أقول العبارة الصحيحة أن يقرضوه من ثلثه لئلا يلزم تقديم معمول ما في حيز أن عليه، وتصحيح ما في الكتاب بجعل المذكور تفسيرا للمقدر قبل أن والله أعلم

ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي والله أعلم

﴿ باب الربا ﴾

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وأحل الله البيع شرع في بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة فإن النهي يعقب الأمر وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربا ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيأ في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربا في اللغة هو الزيادة من ربا المال أي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الأشياء الربوية وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فالعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر

﴿ باب الربا ﴾

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا) فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل

سنة مع أنه لو أعار عبده أو داره سنة كان له أن يسترده في الحال وهذا لأن باب الوصية أوسع من سائر التصرفات ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه جاز وإن كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظر له فضلا من الله ورحمة والرحمة عليه أجازها الشرع وكان القياس أن لا تصح لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته والله تعالى أعلم

﴿ باب الربا ﴾

هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي عدة من النسخ الربا محرم في كل مكيل إلى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربا أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة أعني بالمعنى المصدري ومنه وأحل الله البيع وحرم الربا أي حرم أن يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزاد في بيع تلك الأموال بجنسها قدر ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ولا شك أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لأنه كذب على إسقاط لفظ متفاضلا أو لا فائدة فيه بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة إما على استعمال الربا في حرمته فيكون لفظ الربا مجازا أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل ثم قوله (فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتبا بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل العد والذرع وليسا من أموال الربا أي

﴿ باب الربا ﴾

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول لا يقال البيع الفاسد من جملة تلك الأبواب وليس مما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأمورا بالمباشرة يكفي لغرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول صفة العوض تدل على تعريف السغناقي في المكاتب بقوله الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه تدبر وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ومعناه حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جار أو مستقر في كل مكيل قال المصنف (وهو أشمل) أقول وقال ابن الهمام لكنه يشمل المذروع والعدد وليسا من أموال الربا انتهى ويمكن أن يقال الألف واللام في القدر للعهد والمراد الكيل والوزن علة

(والاصل فيه الحديث المشهور) الذى تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال) ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول

والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثانى بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ماذكرناه

علة تحريم الزيادة كونه مكيلا مع اتحاد البدلين فى الجنس فهى علة مركبة (والاصل فيه الحديث المشهور) أخرج الستة الا البخارى عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد وأخرج مسلم من حديث أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى وأخرج مسلم أيضا من حديث أبى سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير فى هذه الروايات بيعوا مثلا بمثل وأما رواية مثل بالرفع ففى رواية محمد بن الحسن حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يد بيد والفضل ربا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ماروى محمد فى كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يد بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفى رواية أبى داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى أن قال ولا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدا بيد وأما نسيئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا انتهى ومعلوم أن الجواز فى بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ماهو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير (قوله والحكم) يعنى حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول باجماع القائسين) أى القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتى فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس وأما عثمان البتى فلأنه يشترط فى القياس أن يقوم دليل فى كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما فى قوله خمس من الفواسق قلنا تعلق الحكم بالمشتق كالطعام فى قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتى عند الشافعى دليل وسنقيم عليه الدليل وأما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص أما بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو أيضا مأثور عن قتادة وطاوس قيل فانخرم قوله باجماع القائسين (قوله لكن العلة عندنا ماذكرناه) يعنى القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وبأحدهما منفردا يحرم النساء ويحل التفاضل

بيع الحنطة حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وأعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثانى بيعوا التمر مثلا بمثل والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ماروى كيلا بكيل وكذلك فى الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به مايدخل تحت الكيل والوزن لا ماينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لايجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة ابن الصامت جيدها ورديئها سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح أجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وأنت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات وكذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعى قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على الآخر حرام (والحكم معلول باجماع القائسين) احترازعن قول داود ومن المتأخرين وعثمان البتى من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ماذكرنا) من القدر والجنس

(قوله ومعنى الثانى بيعوا التمر) أقول كان الظاهر بيعوا الحنطة (قوله وكذلك فى الموزون الخ) أقول أى كذلك المراد بالمماثلة فى الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزنا بوزن حذف قوله بدليل الخ لدلالة سياق الكلام على تقديره

وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل
هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة
في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي
هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب
المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل
أو صيانة لاموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا

كما يأتي (وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص) من
الحرمة (وهي) أعني الحرمة (الاصل) وعند مالك العلة الاقتيات والادخار فكل ما يقتات ويدخر فيه
ربا وما لا فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهرا فيه فنبه بالبر على
مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند
الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح
على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الابازير وما في معناها والذهب والفضة
معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء وأصول الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الطعم
مع الكيل أو الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من جعلها عينهما
والتعدي الى الفلوس الرائجة وجه والصحيح أنه لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول أحمد في رواية
والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء وعلى الجديد يحرم الربا في الماء
وجه قوله قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ
الاشتقاق علة وروى لا تبيعوا الطعام الى آخره فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر
على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي
الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة
بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد
أنها علة منصوصة وان أخذنا في استنباط علته أدانا الى هذه العلة أيضا ووجهه أنه نص على شرطي
التقابض والتماثل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب
تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل
العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر
للجنسية) والقدر (في ذلك) أي في اظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط)
كالرجم مع الاحصان (ولنا أنه) أي النص المشهور (أوجب التماثل شرطا للبيع) وايجاب المماثلة
(هو المقصود بسوق الحديث) اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا أي بيعوا الحنطة

(وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط) لعمل العلة [illegible] العلة المذكورة عنده الاصل [illegible]
[illegible] والمساواة
[illegible] على [illegible]
[illegible] (رفع الدرجة على الثبوت) [illegible]
[illegible] (كاشتراط الشهادة في النكاح) فاذا كان عزيزا خطيرا يعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة
[illegible] (والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك أي في اظهار الخطر والعزة (فجعلناه شرطا) وحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير وللطعم والثمنية أثر كذلك وليس للجنسية أثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عند وجوده لا وجوبه (ولنا ان الحديث أوجب المماثلة شرطا في البيع) بقوله مثلا بمثل لانه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط (و) وجوب المماثلة (هو المقصود بسوق الحديث) لاحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لاموال الناس عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعا الفضل ما فيه الفضل (أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به) أي بالتماثل يعني ان في النقدين لكونهما الاشياء
لا يتعينان بالتعيين شرطت المساواة قبضا بعد [illegible] كل منهما الآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن
المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا اثبات المماثلة من حيث القبض والاولى أن يقال لو لم يكن أحد العوضين
مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا في حق أحد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثلا

(قوله وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول ضمير لها راجع الى قوله والجنسية شرط الخ

للآخر يكون نفعا فى حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعا فى حقهما جميعا ولقائل أن يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه فى سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة أموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل فى الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها فى الربا هو النص والوجوه المذكورة حكمته لا علته لتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربا لان المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه ولقائل أن يقول انما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه فى التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة (قوله والمماثلة بين الشيئين) بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة بين الشيئين وذلك لان المماثلة بين الشيئين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والمعيار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوى المعنى) فان كيلا من بر يساوى كيلا من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل أن يقول (۲۷۷) قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع فى الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص أوجب المماثلة فى الاشياء الستة شرطا فأثبتناه فى غيرها تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهى بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه) أى فى العقد قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا فان استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا فى المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة فى المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسير وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا فى القيمة فى العرف (أولان فى اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه والمراد البياعات فى الربويات لا مطلق البياعات لان فى اعتبار الجودة فى الربويات ليس سد باب مطلق البياعات

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا أولان فى اعتباره سد باب البياعات

الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين أن الاباحة فى بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هى الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما ينصرف النهى الى ما بعد الا نحو ما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك أن فى ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المماثلة تستدعى شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر فى كونه مستدعى العقد فسوى بينهما فى المماثلة عند اتحاد الجنس فى القدر ليتم معنى البيع (أو) أوجب المماثلة (صيانة لاموال الناس عن التوى) فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء كل جزء فاذا كان فضل فى أحدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فلقصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل فى احدى الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة فى التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض أيضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة فى الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم أموالهم (والمماثلة بين الشيئين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوى المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه) أى فى العقد وعلم أن الخلو فى المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) فى اثبات المماثلة عدم تفاوت (الوصف) أما (لانه لا يعد تفاوتا عرفا) وفيه نظر (أولان فى اعتباره سد باب البياعات) وهو الوجه لانه قلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله لانها لا تنفك عن التقابل) أقول فيه بحث فانه اذا لم يتحد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى وانتفاء تتميم الفائدة (قوله ولقائل أن يقول انما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول اذا كان مراعاة شرط الحل واجبا على ما دل عليه الحديث فترك الواجب حرام لا مكروه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة) أقول فيه بحث فان الحرام ما ثبت بدليل قطعى والمكروه هو الثابت بظنى كالفرض والواجب ألا يرى الى مقابلة البيع المكروه بالفاسد فيما سبق (قوله ولقائل ان يقول قد تبين أن المماثلة الى قوله بالقدر والجنس الخ) أقول فيه بحث فان المعلل هو وجوب المماثلة لا نفسها

أو قوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في
مثله الاطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا
نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في
المعيار ألا ترى الى ما روى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وان تفاضلا
لم يجز) لتحقق الربا (ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا الا مثلا بمثل) لاهدار التفاوت في الوصف

صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء ان صح بقيده والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب
والاجماع عليه وعلى اهدار ما ذكرنا وعند تأمل هذا الكلام يتبادر أن المتناظرين لم يتواردا على
محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة
بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه أن يتعد
الى محل وذلك بجعلهما الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكروا عندهم وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس
وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له
أدنى لب فضلا عن فقيه وأما الطعم فرعاية كون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتد
الحاجة اليه اشتدادا تاما (والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بأبلغ الوجوه دون التضييق) فان السنة
الالهية جرت في حق جنس الانسان أن ما كانت الحاجة اليه أكثر كان اطلاق الشرع فيه أوسع كالماء
والكلأ للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم
على أنا نمنع أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون
بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب مأكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ألا ترى أن
مالكا فيما قدمنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم
خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عمه
والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاباحة فكان الاشتراط
من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان أصلها الاباحة ووجد كثير منها مباحا حتى الذهب
والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا لمفسدة التغالب فوضعها على ضد وضع البضع
من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به غير صحيح الا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل
والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر
بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف
لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكلام فخر الاسلام أن الجوزة مثل الجوزة في
ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة
ولوجود التفاوت الا أن الناس أهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع
وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده
ضمن قيمتها فان أبى الا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي
لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في
الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ
أحد البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا
بحفنة وفي جمع التفاريق قيل لا رواية في الحفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن
الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة
بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك

(أو قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء) قال (والطعم والثمنية) جواب عن جعل الطعم والثمنية علة الحرمة وتقريره أن ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق ألا ترى أن الحاجة اذا اشتدت أثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر حرمة المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا الاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة (واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل) أي كيلا بكيل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردىء الا مثلا بمثل

قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعي ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف) لا بمثلها اذ لو بقيت مكيلة أو موزونة لوجب مثلها فان المكيلات

والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز لان علة الحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه وأما اذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما (اذا تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان) اذا ثبت ان علة الحرمة شيآن فاما أن يوجدا أو يعدما أو يوجد أحدهما دون الآخر

(ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم والمخلص وهو المساواة فيحرم ومادون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال (واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما

وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين و بعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان حالا فان قيل الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار مادون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له (قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه) وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدراهم أو الثوب الهروي بمرويين الى أجل والجوز بالبيض الى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة (والاصل في البيع) مطلقا (الاباحة) الا ما أخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل (واذا وجدا) أي الجنس والمعنى المضموم اليه وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض (لوجود العلة) المعرفة للحكم على ما بينا (واذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم) ثوبا (هرويا في ثوب هروي) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل أو الوزن لا يجوز وكذا اذا باع عبدا بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروي بهرويين حاضرا جاز (أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المستوى وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا الآن لانه وزنية (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما)

فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما أشار اليه بقوله (والاصل فيه الاباحة) يعني اذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما الا أن العدم يثبت شيأ فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبدا بعبد الى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز

(وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لايثبت الاشبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد يوجد فانه لايجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لانزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولايجوز أن يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلابد من شبهة محل وشبهة علة ومايجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير أو الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لايتم نصاب العلة الابهما فالكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية أوجبت فضلا شبهة فقد اعتبر شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة اما أن يكون مطلقا أو في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما أن الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن أشتري بعيرا ببعيرين الى أجل للشافعي رحمه الله وبما روى أبوداود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب فالجواب أن الخصم ان سلم الاجماع فله أن يقول انهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لافي شبهتها فيه

وقال الشافعي الجنس بانفراده لايحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لايثبت الاشبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة

والنساء بالمدلس غير (وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لايحرم نساء) لانه دليل عليه وأيضا دل الدليل على نفيه وهو ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن اشتري بعيرا ببعيرين الى أجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة الى أجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى أجل والمعنى أن التأجيل في أحد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بأن باع الواحد بالاثنين لايؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما أولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره (ولنا أنه مال الربا نظرا الى القدر أو الجنس و) عرف أن (النقدية أوجبت فضلا في المالية) حتى تعورف البيع بالحال بأنقص منه بالمؤجل (فتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس

(قوله وان كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول اذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لايحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص (قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم الى قوله لتحقق شبهة الربا الخ) أقول أنت خبير بان الثابت بحقيقة العلة حقيقة حرمة الفضل لاحقيقة الفضل فينبغي أن يثبت بشبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل فلايجوز بيع الهروي بالهروي وبين والعبد بالعبدين فما ذكره الشارح مغالطة لايجدي شيأ الاترى الى قول المصنف بعد سطور فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها الى ان قال لتوهم الفضل فليتأمل (قوله وهو ماذكرنا) أقول يعني قوله قبل تسعة أسطر تخمينا وهو قوله مايجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك) أقول اذا تعارض المحرم والمبيح فالترجيح للمحرم احتياطا على مافصل في كتب الاصول وهذا يكفي في الاستدلال لنا والشافعية يستدلون بما روي عن عبدالله كما لايخفى على من تطرق كتبهم (قوله فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول قوله اجماع الصحابة مبتدأ وقوله على حرمة النساء خبره

وقوله (الا انه اذا أسلم) استثناء من قوله فاذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضى عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه أما الاول فلأن الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهى معربة سنك ترزون ونقل عن الفراء أن السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين وأما الثانى فلان الزعفران ممن يتعين بالتعيين والنقود ممن لا يتعين بالتعيين وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على أنه عشرة دنانير مثلا فقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلا وقبله المشترى ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن (واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة) فان الموزونين اذا اتفقا فالمنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهى غير معتبرة) لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما حينئذ للاشتراك اللفظى ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة وفى عبارة المصنف رحمه الله تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال فى أول التعليل فى صفة الوزن

الا انه اذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان فى صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو ممن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ممن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفى الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة

فيه الاشبهة ثبوت الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا أيضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه فى ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة الا البخارى من قوله فى آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية أبى داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد وأما النسيئة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال حدثنا موسى بن اسمعيل حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على أن وجود أحد جزأى علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا بأن فيه شبهة الربا أعنى الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين التفاضل أيضا لان لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير فى الزعفران وفى سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع أجاب بالفرق بأن الوزن فى النقود وفى تلك الاموال مختلف فانه فى النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات وفى الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف فى الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوى وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمى وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشترى وسلمها فقبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفى الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن فى مثله (فاذا اختلفا) أى النقد والزعفران ونحوه (فيه) أى فى الوزن (صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا فى معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد توزن بالصنجات أيضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره فى ذلك وقوله وفى الزعفران وأشباهه لا يجوز ان اراد أنه بعد ما تزنه من بائعه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى فذلك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون فى وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص فى السلم والاصل فى رأس المال هو النقود فلو لم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسد باب السلم فى الموزونات على ما هو الاصل والغالب فأثر شرع الرخصة فى التجويز وهذا اظهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به

(قوله وأما الثانى فلان الزعفران ممن الخ) أقول لا يظهر كون هذا اختلافا فى معنى الوزن بل ذلك اختلاف معنوى بين الموزونين (قوله لأن انطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظى) أقول لا يخفى عليك ان نفى اشتراك معنى الوزن مما ينفيه البديهة

قال (وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة) لان النص أقوى من العرف والاقوى لايترك بالادنى

بعد الوزن ممنوع بل له أن يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها واما أن يقال اذا باع بالدراهم حتى كانت ثمنا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويلحق به تأثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كي لا ينسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد متجانسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجرى فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي ينبغي أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على أنهما جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متماثلا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلا شك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه أجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والالية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة أصولها أجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة (قوله وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم أنهما استويا لان في الكيل أيضا (وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبدا مثل الذهب والفضة لان النص أقوى من العرف) لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو

(قال وكل شئ نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالحنطة والشعير والتمر والملح (فهو مكيل أبدا وان ترك الناس الكيل فيه وكل مانص على التحريم فيه وزنا) كالذهب والفضة (فهو موزون أبدا) لان النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لايترك بالادنى

(ومالم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لانها دلالة وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا أو الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز (ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الاسواق (لانها) أى العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق (وعن أبي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك) الكيل في الشئ أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم أبا يوسف لان قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه على وزان ما ذكرنا في سنية التراويح مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكمنا بالسنية مع عدم المواظبة لانا أمنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة أخرى تغير النص والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (الا أنه الى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيل أبدا أى يلزم أن يتصرف فيه بالكيل أبدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هنالك التماثل بالمسوى الشرعي المعين فما لم يكن ذلك المسوى تحقق بالجزاف فلا يجوز وهذا مختار الطحاوي وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل أن فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا فأسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل أو وزن ينبغي أن يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا أنه يجوز وكذا أطلقه الطحاوي فقال لا بأس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا هذا الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا والوزني عادة وقلبه فأما الوزني نصا وعادة كما في انائين من جنس واحد حديدا أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر في الانائين من غير النقدين يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا كانت العادة أن لا يباعا وزنا لانه عددي متقارب وفي أواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير بالصنعة بالعادة وأما في الحديد ونحوه

أيضا لان النص على ذلك) أى على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان العادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا أو ذهبا بجنسه متماثلا كيلا) جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوه لتوهم الفضل على ماهو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان قال المصنف (وعن أبي يوسف انه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت) أقول استقراض الدراهم عددا و بيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول استقراض الدراهم عددا و بيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيا على هذه الرواية

قال (وكل ماينسب الى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالاواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال (وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ماينسب الى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ بقدر ولم يشتهر فيها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار أو الى الكيلي كما في الصاع والمد فلا يدري أهذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزني على المبيع أو المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فأفاد أن المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ماينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا الاحتمال عدم تساويهما وزنا الافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية يختلف فيهما عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد أمر المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله وفي حلب أكثر من ذلك وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطارها اثنا عشر أوقية وربما كان في غيرها عشرين أوقية وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع أسماء أخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال وقوله بمكيال لا يعرف وزنه الى آخره عرف تقريره (قوله وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان) ذهبا وفضة بجنسه أو بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا أجل كذا ذكروه وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو أسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ماسوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الا هاء وهاء وروى ابن أبي شيبة من حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والورق بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء ورواه أصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الى آخره وهاء ممدود من هاء وأنت وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذ وهات يعني هو ربا الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بانه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وماسواه) أي ماسوى عقد الصرف (مما فيه الربا) من بيع الاموال الربوية بجنسها أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافا للشافعي في بيع الطعام)

شيء وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه أربعون درهما والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني أن سائر المكاييل لو تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيده بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل في ذلك تيسيرا فعرفنا أن كل الرطل يبع موزون جاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال (وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان الخ) عقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله (يعتبر فيه) خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب

(قوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء) معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة معنى التعيين كما نبين (وما سوى جنس الاثمان) من الربويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام) أي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه ككر حنطة بشعير أو تمر فانه اذا افترقا الا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية وبأنه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا كالحال والمؤجل (ولنا أنه مبيع متعين) لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه يتعين به فان النقود لا تتعين في العقود وقوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب أما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من حمل أحدهما على الآخر وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم

العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كما لكن تعيين كل شئ بحسبه ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إناء ذهب بيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط

قوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال (وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام) له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه

أي كل مطعوم حنطة أو شعيرا أو لحم أو فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه حينئذ يقع التعاقب في القبض والنقد مزية فيكون كالمؤجل اذ يحصل التفاوت في البدلين (ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط في) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض، قال ومعنى (قوله يدا بيد عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم روايته

قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء) أقول قال الاتقاني قال المطرزي هاء بوزن هاع بمعنى خذ منه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ انتهى وفي شرح مسلم للنووي فيه لغتان المد والقصر والمد أفصح وأشهر وأصله هاك فابدلت الهمزة من الكاف ثم قال وغلط الخطابي وغيره من المحدثين في رواية القصر وقالوا الصواب المد والفتح وليست بغلط بل هي صحيحة كما ذكرنا وان كانت قليلة (قوله وقد تقدم دلالته على الوجوب) أقول في أوائل هذا الباب وهو قوله فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح أجيب بأن الوجوب مصروف الى الصفة (قوله وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول فمعنى الحديث والله تعالى أعلم بيعوا الفضة بالفضة قائلا كل منكم لصاحبه هاء وهاء وفيه بحث بل المعنى متقابلين هاء وهاء (قوله أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول لو صح هذا التفسير يلزم ان يكون القبض شرطا في غير الاثمان أيضا اذ لفظ هاء وهاء مذكور في الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول يعني ظاهرا (قوله وأما عنده فبالعكس) أقول فيه بحث فان القبض اذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك اذ لا يوجد القبض الا وان يوجد التعيين فان قيل مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث قلنا انتفاؤه أيضا ممنوع عنده (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول لا يقال فيه بحث فان عموم المشترك ارادة كلا معنى المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والمجاز لانا نسلم ان ما نحن فيه ليس كذلك الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر

عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية أخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد أربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بيدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك أو للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاء وهاء بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هنالك انما هو على التعيين أيضا لكن لما كان التعيين هنالك بالتقابض يكون لا بغيره لما قلنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن ينبغي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه وأجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمحتمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد ولقائل ان يدفعه بمنع الاحتمال بل هو ظاهر في التقابض ويجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض أخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان تحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك في الصحيحين ان مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فأخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على أبي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاء خذ وهو من أسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل

تمزج لي من بغضها السقاء * ثم تقول من بعيد هاء

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم ينبئ هنالك عن صرف كل الى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه لان الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين) الى آخره ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد أو شيء من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما دينا وصوره أربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون أحدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا

وأجيب بأنه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم فان الاثمان لا تتعين وأما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادي ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه المانع تعاقب يعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جائز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان أحدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين أجيب بأن التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما الخ) بيع الفلس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع أما الاول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربا وأما الثاني فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر فهو فضل خال عن العوض وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض وأما الوجه الرابع فيجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما العدم ولا يتم ماعلى غيرهما فبقيت أثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا تبين أن الفلوس الرائجة مادامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهما أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية لغيرهما عليهما) وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضا أيضا باصطلاحهما إذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما وأجيب بأن الاصل في الفلوس أن تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز أن تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل وأما إذا اصطلحا على كونهما عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لأنه ينافي قوله أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما (٣٨٧) ويمكن أن يقال معناه أن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية وإذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فإن قيل إذا عادت عرضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين ومن بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنيا لأنهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين أعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا إلى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله إذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لأنه مدعى الخصم ولو ضم إلى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له أن يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا أو في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله (بخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا باصطلاحهما فلا تبطل باصطلاحهما وقوله (وبخلاف) جواب عما قال كما إذا كان بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ أي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه (قوله وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين لأن عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يحرم النساء

قال (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لأن الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء

فلسا بعينه بفلسين بعينهما يجوز خلافا لمحمد وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد أن الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما أو كبيع الدرهم

قال المصنف (ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما) أقول الضمير راجع إلى البدلين (قوله أما الاول فلأن الفلوس) أقول ولأنه كالئ بكالئ (قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة في السند (قوله والاول ممنوع الخ) أقول الظاهر أنه لا مجال للمنع فإن الاصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها إجلالا لأمور المسلمين على الصلاح وتحسينا للظن بهم ولا يخفى عليك إمكان حمله عليها هنا فإن الوزن ليس منصوصا عليه في النحاس والمتعارف في المسكوك مشترك تارة يكون بالعد وتارة بالوزن فليتأمل قال المصنف (لأنه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه) أقول روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وقال صاحب الفائق كلأ الدين كلوءا فهو كالئ إذا تأخر ومنه كلأ الله بك أكلأ العمر أي أطوله وأشده تأخرا وكلأته أي أنسأته وكلأت في الطعام أي أسلفت

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة

بالدرهمين ولهما ان ثمنيتها في حقهما تثبت باصطلاحهما اذلا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها أجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز أن تصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس وأما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فأجاب بان الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالئ بالكالئ وقد نهى عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك ألا ترى ان البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وفي الفائق كلأ الدين بالرفع كلأ فهو كالئ اذا تأخر قال الشاعر * وعينه كالكالئ الضمار * يهجو رجلا يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتأخر الذي لا يرجى ومنه كلأ الله بك أي كلأ العمر أي أكثره تأخيرا وتكلأت كلأ أي استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالئ بالكالئ رواه ابن أبي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالئ بكالئ وضعفه أحمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الربذي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالئ بكالئ والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أي دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة أيضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان بعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤهما مكتنزة (فيه) أي في الكيل أي منضمة انضماما شديدا والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار

الربا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما أي الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيأ آخر ثالثها من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة أولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك أجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة

قال المصنف (لانهما من اجزاء الحنطة) أقول وانما لم يقل أجزاؤها لان من أجزائها النخالة أيضا

(فلا يجوز وان كان كيلا بكيل) قيل حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة فى الاصل وعلى ما ذكرتم فى هذا النوع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمى على ما عرف وأجيب بان حرمة الربا تتناهى بالمساواة فى الحنطة أو فى الشبهة والثانى ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثانى ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوى ومتساويا وكيلا بكيل قيل حالان متداخلان لان العامل فى الاول بيع وفى الثانى متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفى توهم جواز المساواة وزنا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبى حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر

فلا يجوز وان كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا) لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه

بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع اجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا انما الاعتبار به مثل أن يتفق كبس فى كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء فى الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة (فلا يجوز وان كانت كيلا بكيل) مساو وقولنا قول الشافعى فى الاظهر عنه وسفيان الثورى وأحمد فى رواية خلافا لمالك وأحمد فى أظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا أن الشافعى أجازه لان النخالة ليست من أموال الربا لانها لا تطعم وقولنا المعيار فى الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا انما اذا بيع بجنسه أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعى بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل فى الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوى فى الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله فى كيل القمح وقد سقط اعتباره وفى الذخيرة عن الامام الفضلى انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفى بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفى الخلاصة لم يذكر غير رواية المنع فقال فى جنس آخر فى الزرع والثمار وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذى فى الخلاصة أحسن لا هدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا متماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبى يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التى فى الدقيق ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أى لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبى حنيفة متفاضلا ولا متساويا أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا

قال المصنف (فكذا بيع أجزائهما) أقول كان الظاهر أن يقول فكذا بأجزائهما الا أنه عدل الى هذا اشارة الى أنها مبيعة أيضا فى أمثال هذا البيع (قوله وأجيب بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة فى الحنطة أو فى الشبهة) أقول قوله فى الحنطة أو فى الشبهة يحتمل أن يكون قيد المساواة فمعنى قوله فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة أى بشبهة المساواة التى فى النساء لاستلزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضا ويحتمل أن يكون قيد الربا وهو الانسب بقوله فان حرمة النساء الخ والاول أقرب فليتأمل وأنت خبير بأن قوله ويجوز أن يقال الخ يعين الاحتمال الثانى والا لزم التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها الخ) أقول بان يكون كلا البدلين نسيئة فانه لا يجوز للزوم الكالئ بالكالئ (قوله ومتساويا وكيلا بكيل حالان متداخلان) أقول فكيلا ينبغى ان يكون بمعنى مكيلين لكن الظاهر عندى ان انتصاب كيلا على التمييز أى متساويا كيله تأمل وسيجىء من الشارح تفسير كيلا بقوله أى من حيث الكيل فى شرح قوله والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا فذلك كالتصريح بكون كيلا تمييزا (قوله لقيام المجانسة من وجه) أقول مع انتفاء المسوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول لذلك أيضا

وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شئ من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب أن معظم المقصود وهو التغذى يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التى أكلها السوس والمقلية هى المشوية من قلى يقلى اذا شوى ويجوز مقلاة من قلا يقلو والعلكة هى الجيدة التى تكون كالعلك من صلابتها

وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى

ثالث فى جوازه (وعندهما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لانهما) أى دقيق الحنطة وسويقها مثلا (جنسان) وان رجعا الى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلى والطحن فان المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع خبزا أو عصيدا أو طرية وهو شبه الرشتا لا يتأتى من السويق كما أن ما يقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل و يشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لا يتأتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وأبو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنس وعدم العلم بالتساوى مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ولم يزد الدقيق على الحنطة الا بتكسيره بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثانى وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هى متحدة فيه (وهو التغذى فلا يبالى بفوات بعضها) الذى هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس فى الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما فى ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا الطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أى الجيدة السالمة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من أن الكيل لا يسوى بينهما فاما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فقيل يجوز اذا تساويا وزنا ذكره فى الذخيرة وقيل لا وعليه عول فى المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ فى أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى ومسوسة بكسر الواو كأنها هى سوست أى أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وأبى يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما فى الحيوان أو لا بشرط التعيين أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم فى الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال إن باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان وان كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذى فى الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقى اللحم

عند من غير انقلاع والسوسة العثة وهى دودة تقع فى الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما فى الاثمان المختلفة على ما تبين ومنها ما اذا باعه الحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين فى الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند محمد (الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى (بمقابلة

(قوله لانهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول لا يقال اختلاف المقاصد حاصل فى الحنطة مع الدقيق مع انهم جعلاهما متحدى الجنس من وجه اذ المسئلة اتفاقية فما بالهما هنا لم يجعلا الدقيق والسويق كذلك لان الحنطة اذا قليت صارت بالقلى كأنها جنس آخر لاختلاف المقاصد واذا فرقت الاجزاء يصير المتفرق غير المجتمع أيضا من وجه ففى الحنطة مع الدقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة وفى الدقيق مع السويق مرتين فافترقا فليتأمل

عقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا) إما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن (فصار كالحل) أي الشيرج (بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لان اللحم موزون لامحالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت بخلاف مسئلة الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير بوزن الثجير وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والثجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك أجيب بأن النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز

عقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير

(عقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) إما لزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم أو لزيادة اللحم ان كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل أما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احداهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من أصحاب الشافعي فانه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الاطلاق (انه باع موزونا بما ليس بموزون) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدر به انما يمتنع به النساء فقلنا بشرط التعيين ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون (لانه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى حاله بخلاف الدهن والسمسم (لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من الثجير ثم يوزن الثجير) هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر أي بعد نفخ الروح فعلم أن الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه ضعيف وقوي فمن القوي ما رواه مالك في الموطا وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة حدثنا أحمد بن حفص السلمي حدثني أبي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولا ومن لم

(قوله والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل الخ) أقول أي وزن السمسم في الحال عند المبايعة يشمل أي يظهر شموله اياهما عند التميز (قوله وهذا لان الحل والسمسم يوزنان الخ) أقول يعني يوزن الحل الذي جعل مبيعا فيعلم مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابلته ويعلم قدره أيضا فحينئذ يستخرج الدهن من السمسم فيوزن الثجير فبعد العلم بمقدار الثجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج الى وزنه ثانيا بل يكفي الوزن الاول للسمسم لتلك المعرفة فلعل المراد من تعريف الوزن اياه في الحال هو هذا (قوله وفي ذلك اختلاف الجنسين أيضا الخ) أقول هذا طريق آخر لهما لاثبات مدعاهما

(قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه أبو حنيفة خاصة (وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص اذا جف فقيل نعم قال لا اذا) أي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول أما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم سمى الرطب تمرا حين اهدى رطبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخلو اما أن يكون تمرا أو لا فان كان تمرا جاز العقد بأول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها الى أن تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز أن يقال انه حنطة المصنف

قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة) وقالا لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه أو ينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى اليه رطب أوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا

ثبتته فهو مرسل جيد وأنت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا وأسند الشافعي الى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وبسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى فان مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناقه فقال اعطوني بهذا العناق لحما فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصح هذا وتأولوه على أنه كان من ابل الصدقة نحر ليتصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة) وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لا يجوز فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطا عن عبد الله ابن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البدلين في ثاني الحال عن المساواة ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح (ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب أوكل تمر خيبر هكذا فسماه) أي سمى الرطب (تمرا) وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بني عدي الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان ولفظ آخر انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع أصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المصنف (ولانه ان كان تمرا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه عن التمر فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأيده

(قوله لا اذا) أقول مقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام (قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول الظاهر أن يقال سعد (قوله من اطلاق اسم التمر عليه) أقول أي اسم التمر

جاز البيع بأول الحديث وإن كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال (وكذا العنب بالزبيب) يعني على الخلاف والوجه ما بيناه

المصنف بقوله (ضعيف عند النقلة) وغلط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الإمام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الدورقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس وغير مشايخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول وقد ردد بينه بين كونه تمرا أولا بأن هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوي في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير ورد طعنه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما نقلنا آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطا وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله ابن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطا مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الإمام أبو حنيفة زيد أبو عياش مجهول فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أجيب أيضا بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكا وإسمعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب إذا جف عريا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص إذا جف باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساويا أولا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار فقال المصنف

(قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا إنما جاز أن لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل إن القلي صنعة يغرم عليها الأعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث وأما الراجع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت ينبني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والرديء والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق اسم التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا أي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه روى يتفاوت في اعدل الاحوال أعني عند الجفاف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو الحنطة المبلولة بالمبلولة أو الحنطة الرطبة بالمبلولة أو اليابسة أو التمر المنقع بالمنقع أو الزبيب المنقع بالمنقع من أنقع اذا ألقى في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفرعه حديث سعد وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق المشهور وكذلك أبو يوسف الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها

وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المآل وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا أنه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول

(وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية) فانه لا يجوز البيع لان القلي كائن بصنع العباد فتعدم الطاقة التي كانت الحنطة بها امثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات لا يجوز اتفاقا يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والاجاص لا يجيز بيع رطبه برطبه كما لا يجيز بيع رطبه بيابسه لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر عنده لان بين الباقلاءتين فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من أنقع الزبيب في الخابية فهو منقع وأصله ان محمدا يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو المآل عند الجفاف كما أشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة أما مع اليابسة فظاهر وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت أما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وأبو حنيفة وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوي في الحال (عملا باطلاق الحديث) أي حديث عبادة بن الصامت وغيره (الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في المنع وما بأصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بأن الحنطة في أصل الخلقة رطبة وهي مال الربا اذ ذاك والبل بالماء يعيدها الى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من

بيع

(قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول فيه بحث فان تقويتها انما هي لاعتبار التفاوت الصنعي اذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لا بعد أن يكون من جنسه

وبين بيع الرطب بالرطب بحيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله أن التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين أو أحدهما على الاسم الذى عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذى عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذا لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا (ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية وأما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهي لا تتبدل قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا أن التمر اسم لثمرة النخل من أول

وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من أول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددى متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير)

بيع الحنطة الرطبة الى هنا حيث منعه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازه وكذلك بين العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله (ان التفاوت) ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين أو أحدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذى عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع (ولو باع البسر بالتمر) متساويا يجوز (ومتفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو أول ما ينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أى كيلا من التمر بكيلين من الكفرى وقلبه لانه ليس بتمر (لان) الكفرى لم ينعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعنى التمر له (من أول ما ينعقد صورته لا قبله) وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث وكذا ادعى أنه يحنث فيما اذا حلف لا يأكل تمرا فأكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه أن الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله (والكفرى عددى متفاوت الى آخره) جواب سؤال هو أنه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي أن يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر به نسيئة فقال الكفرى عددى متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا أن يشترى به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة (قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج) معلوما أنه (أكثر مما في الزيتون والسمسم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز فالاحتمالات أربع والجواز في أحدها بأنه اذا كان أكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد (والزائد) منه (ب) مقابلة (الثجير) وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله انما يشترط أن يكون الخالص

ما تنعقد صورته و بيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع و بيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (قوله والكفرى عددى متفاوت) قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب أنه عددى متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت آحاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض و يقال للعصير قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذى هو كالمحقق في هذا الباب

(قوله ولقائل أن يقول هذا انما يستقيم الخ) أقول ولك أن تقول المراد بالضمير الراجع الى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام أو يقال المضاف مقدر أى مسماه بقرينة جعله معقودا عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فاندفع الاشكال

والاول اما أن يكون المنفصل أكثر أولا والثانى لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل عن المستخرج من الزيت والثجير وحده أى ساواه على تقدير أن يكون الثجير ذا قيمة وأما اذا لم يكن كما فى الزبد بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما فى الزبد من السمن فانه يجوز وهو المروى عن أبى حنيفة والاول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل أن يقول مثلا السمسم يشتمل على الشيرج والثجير فاما أن يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزنى والسمسم كيلى أو من حيث الافراز فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر شعير أو يكون أحدهما إما الدهن أو الثجير منظورا اليه فقط والثانى منتف عادة والاول يوجب أن لا يقابل الثجير بشئ من الدهن وليس كذلك والجواب أن المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا منفصلين خلقة كما فى مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والثجير ليسا كذلك واختلفوا فى جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز انه لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان أصلهما واحد فكلاهما موزون وان خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا فى فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روى عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا

لان عند ذلك يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا فى القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

أكثر اذا كان الثفل فى البدل الآخر شيأ له قيمة أما اذا كان لا قيمة له كما فى الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد روى ذلك عن أبى حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقديرى النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعى لا يجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما فى الضمن فتمنع النسيئة كما فى المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنتفى باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر فى ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا لو ضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلى لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلى دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلى زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعى فانه لا يجيز الدهن المطيب وغيره الا مثلا بمثل وأورد أنه ينبغى أن يجوز بيع السمسم بدهنه بأى وجه كان لان الدهن وزنى والسمسم كيلى أجيب بأنه لما كان المقصود من السمسم ما فى ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وثجيره الى خلاف جنسه أجيب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله (والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار) يعنى ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس أكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثفل له قيمة وأظن ان لا قيمة لثفل الجوز الا أن يكون يباع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله أعلم (واختلفوا فى القطن بغزله) فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفى فتاوى قاضيخان لا يجوز الا متساويا لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبى حنيفة أيضا ثم ذكر

(قال ويجوز بيع اللحمان الخ) كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس متفاضلا وعنه أنه لا يجوز والعراب والبخاتي والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ومراده لحم الإبل والبقر والغنم فأما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة قال (وكذا خل الدقل بخل العنب) للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين

أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل بإزاء حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب وأما في الغزل فكأنه ليكون الفاضل من القطن المفرد بإزاء صنعة الغزل فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الإبل والبقر والغنم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين (فأما البقر والجواميس) ف(جنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاتي) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لأنه ليس مال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والأوز لأنه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده إلى آخره يحترز به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس الطيور جنس والدواب أهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات (وكذا ألبان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصلين (وعن الشافعي أن اللحوم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله أنه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الأجناس (فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة) فإنها حينئذ تعد أجناسا ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا خل الدقل بخل العنب) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصليهما) جنسا وتخصيص الدقل وهو رديء التمر باعتبار العادة لأن الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول

متفاضلا (قوله إذا لم تتبدل بالصنعة) قيل مراده أن اتحاد الأصول يوجب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة فإذا تبدلت الأجزاء بالصنعة تكون مختلفة وإن كان الأصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها فكأنه يقول اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تتبدل بالصنعة وأما إذا تبدلت فلا توجبه وإنما توجب الاتحاد فإن الصنعة كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش

قال (وكذا خل الدقل بخل العنب الخ) الدقل هو أردأ التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرج الكلام على مجرى العادة وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين أصليهما ولهذا كان عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالإجماع

(قوله لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة) أقول وينبغي أن يستثنى منه لحم الدجاجة فإنه يوزن في أكثر البلاد قال المصنف (فكذا أجزاؤهما إذا لم تتبدل بالصنعة) أقول ولعل المعنى وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لا لاتحادها معها إذا لم تتبدل بالصنعة فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زال الاتحاد مع أصلها فلا يكون اختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كالخبز والإناء والقمقمة على ما نبين فليتدبر (قوله قيل مراده) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله فكأنه يقول اختلاف الأصول الخ) أقول مأخوذ من الخبازية

(وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل لأن المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فإن الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا إلا أنا لا نسلم ذلك فإن لبن البقر قد يقصد به من لا يقصد لبن الغنم ولا يقصد القصد إليهما والأولى أن يقال قلنا إن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبدل بالصنعة وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبدل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين أنه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الأصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان فينبغي أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لأن المقصود راجح قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) جائز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء وأما اختلاف المعاني فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة وأما اختلاف المنافع فكافة الطب قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والدقيق إما أن يكون حال كونهما نقدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة فإن كان الأول جاز لأنه صار عدديا أو موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل

وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله

(و) أما (شعر المعز وصوف الغنم فـ) جنسان لاختلاف المقاصد) بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء اختلاف الأصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فإن قيل بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب أن ذلك عند تعارض دليليهما وتساويهما فيرجح المحرم وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى واللازم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود وأجيب بمنع اتحاده فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الإبل لا يتأتى منه ذلك وكذا أغراض الآكل تتفاوت فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الإبل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمناه من جواز بيع إناء صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذا القمقمة بقمقمتين وإبرة بإبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالألية أو باللحم) واللحم بالألية متفاضلا (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا) وأما شحم الجنب ونحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والألية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما وأما الرؤس والأكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لا نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) إما (عدديا) في عرف (أو موزونا) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) فبفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل والدقيق إما كيلي فكذلك أو وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه

(قوله لا يقال لو اختلف الجنس الخ) أقول يعني إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى عد المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين ينبغي أن يعد المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحد المقصود منهما بناء على ذلك التغليب فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا وإذا كان مراد القائل ما سمعت فلا يندفع ذلك بما ذكر الشارح في حيز الأولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول فعلى هذا يكون ذكر المعاني مستغنى عنه لعموم الصور لها والأظهر أن المراد بالصور الأشكال

(وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة انه لاخير فيه أي لايجوز والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبز وان كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز فان كان الاول جاز لانه أسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما ذكر قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول أبي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولاخير في استقراضه عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا أو عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في أول التنور

لايجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه محيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع

وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولاخير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال (ولا ربا بين المولى وعبده) لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين

وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضا وروى عن أبي حنيفة انه لاخير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التأكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي وأحمد لشبهة المجانسة اذ في الخبز أجزاء الدقيق أو ان الدقيق بعرض أن يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الاول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه (وهذا اذا كانا نقدين) فاما بيعهما نسيئة (فان كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بان أسلم الخبز فيهما فقدمه نقدا (جاز أيضا وان كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقا في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لانه لا يوقف على حدله فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لانه وزني) أو يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا أتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذا قبض متجوزا ما هو دون ما سمى صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قل أن يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا (ولاخير في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جديدا أو عتيقا (والتقديم) في التنور (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عددا أو وزنا (للتعامل) بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله ولا ربا بين المولى وعبده) أي المأذون غير المديون (لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا)

قال المصنف (ولا ربا بين المولى وعبده الخ) أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن على المولى ان يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له مالم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد سواء اشترى منه درهما بدرهمين أو لا لان ما أعطى ليس بعوض سواء قل أو كثر فعليه رد ما قبض لحق الغرماء وكذا أم الولد والمدبر لان كسبه مال بخلاف المكاتب لان المكاتب صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينه وبين مولاه كما يجري بينه وبين غيره انتهى وفيه اشارة الى انه لا ربا بين المولى وعبده اذا كان على العبد دين وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما اذا كان عليه دين ولعل ما في المبسوط على مذهب الامامين فان المولى يملك كسب المديون عندهما كما يجيء في المأذون فراجعه (قوله لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول أي مع عدم تعلق أحد به وانما قيدنا بذلك لئلا يرد على التفريع اشكال بأن مجرد الملكية لا ينفي البيع ألا يرى الى ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما اذا كان العبد مديونا فليتأمل (قوله فعدم تحقق الربا) أقول تأمل في صحة هذا التفريع فانه يلزم منه المصادرة (قوله بعد وجود البيع بحقيقته الخ) أقول أي صورة وظاهرا

(فاذا كان عليه دين يتحقق الربا لان ما فى يده ليس ملكا لمولاه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما) وان كان ملكه لكن لما (تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبى فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابى يوسف والشافعى رحمهما الله لهما الاعتبار

بالمستأمن من أهل الحرب فى دارنا فانه اذا دخل الحربى دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم فانه لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بعقد البيع ولابى حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال أهل الحرب فى دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من أخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربى ماله برضاه زال المعنى الذى حظر لاجله (قوله بخلاف المستأمن) جواب عن قياس وتقريره أن المستأمن منهم فى دارنا لا يحل لاحد أخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

فان كان عليه دين لا يجوز لان ما فى يده ليس ملك المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبى فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال (ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) خلافا لابى يوسف والشافعى رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم فى دارنا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح فى دارهم فبأى طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وأم الولد (فان كان عليه دين لا يجوز) أى البيع بطريق الربا (أما عند أبى حنيفة) فلعدم ملكه لما فى يد عبده المأذون المديون فهو أجنبى عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) ان لم يزل ملكه عما فى يده لكن (تعلق بما) فى يده (حق الغرماء فصار) المولى (كالاجنبى) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفى المبسوط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أولا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه فيجرى الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربى فى دار الحرب خلافا لابى يوسف والشافعى) ومالك وأحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلى والمسلم الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم ميتة أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال يحل كل ذلك عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف ومن ذكرنا (لهم) اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم فى دارنا فان الربا يجرى بين المسلم وبينه فكذا الداخل منا اليهم بأمان ولابى حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ذلك قال الشافعى قال أبو يوسف انما قال أبو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا بين أهل الحرب أظنه قال وأهل الاسلام قال الشافعى وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه أسنده عنه البيهقى قال فى المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان أبا بكر قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى الم غلبت الروم الآية قالت له قريش ترون أن الروم تغلب قال نعم فقال هل لك أن تخاطرنا فخاطرهم فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد فى الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فأخذ أبو بكر خطره فأجازه النبى صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين أبى بكر ومشركى مكة وكانت مكة دار شرك (ولان مالهم مباح) واطلاق النصوص فى مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر (فاذا لم يأخذ غدرا فبأى طريق يأخذه حل) بعد كونه برضا (بخلاف المستأمن منهم) عندنا (لان ماله صار محظورا بالامان) فاذا أخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص أما المال فيباح بطيب النفس به واباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز واثبات قيد زائد على المطلق من نحو

(قوله صار كالاجنبى فيتحقق الربا) أقول أى شبهته اذ الشبهة كافية فى المحرمات قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب) أقول قال ابن العز قال فى المغنى هذا خبر مجهول لم يرو فى صحيح ولا مسند ولا كتاب لا تأكلوا موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ويحتمل ان المراد بقوله لا ربا النهى عن الربا كقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج انتهى وعلى تقدير صحته لا يصلح مقيدا للمطلقات مثل لا تأكلوا الربا اذ لا يزاد بخبر الواحد على الكتاب قيل المراد من النصوص الربا فى مال محظور ومال أهل الحرب غير محظور الا للعارض من الغدر فليتأمل

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع الا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهنالك هكذا وقع وكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع قال (ومن اشترى منزلا فوقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء المنزل والبيت والدار فسره ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها او عدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين البيت والدار لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا أن يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتا فوقه بيت) وذكر احدى العبارات الثلاث (لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها) ولم يذكر شيأ من ذلك (دخل فيه العلو والكنيف) وهذا لان الدار لما كان اسما لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له أن يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلا لا تبعا ولا أصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيأ جاز أن يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغرير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان أحق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما أخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه

باب الحقوق

(ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف) جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه

لا أن كانوا الربا ونحوه هو الزيادة فلا يجوز ويدفع بالقطع بأن المطلقات مراد بها المال المحظور بحق لمالكه ومال الحربي ليس محظورا الا لتوقي الغدر وهذا التقرير في التحقيق يقتضي أنه لو لم يرد خبر مكحول أجازه النظر المذكور أعني كون ماله مباحا الا لعارض لزوم الغدر الا أنه لا يخفى أنه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والربا أعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل) حاصل ما ههنا أن

باب الحقوق

(قوله فسره) أقول أي فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول الباء للمصاحبة (قوله لان المراد بالتبعية ههنا) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ والحق ان يعمم لدخول المثل اذا ذكر ما يدل على توابع الشيء بحسب التوابع (قوله لانه ليس بلفظ عام الخ) أقول تعليل لعدم جواز التبعية بالمعنى المذكور (قوله ولا من لوازمه) أقول أي من لوازم المعنى الموضوع له (قوله يدخل العلو فيه تبعا) أقول فيه بحث فانه يدخل في اللفظ الدال على التوابع أصلا لا في المنزل تبعا

(وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الابذكر ماذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مماذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أومنزلا أومسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع

الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت أصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليزا والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هوله أو كل قليل وكثير مالم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله فانه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ماهو أدنى منه وأورد المستعير له ان يعير مالا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ماملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابته عبده من أكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها الليل والنهار وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأتى فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب فلكون البيت دونه صلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو أن يشتريه بكل قليل وكثير هوله فيه أو منه أو بكل حق له أو بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاستراوح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء أو بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على اسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار مالم يقل ماذكرنا من قوله بكل حق هولها أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها (لانه) أي الظلة بتأويل الساباط (مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل) بلا ذكر زيادة ولان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى خانه في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره الا دار السلطان تسمى سراى (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا) فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار الى ذلك المشترى (الا أن يشتريه) بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها) وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق

(وقيل في عرفنا يدخل العلو وفيه نظر لان الظلة وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق هوله عند أبي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مماذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف قول قاضيخان في تعريف الظلة لانه جعل المفتح في الدار قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) الا أن يذكر احدى العبارات الثلاث (وكذلك الشرب والمسيل) لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع أي بقوله كل حق نظرا الى الثاني ان

(قوله الا بذكر ماذكرنا هو قوله بكل حق الخ) أقول الاستثناء ناظر الى قوله ولا تدخل الظلة وقوله وهو راجع الى ما في قوله ماذكرنا

(بخلاف الاجارة) فان الطريق تدخل في استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه وأما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور وقد يستأجرها أيضا وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة المطلوبة

بخلاف الاجارة لانها تنعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصلت الفائدة والله تعالى أعلم

أن كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيأ معينا منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة وقوله (بخلاف الاجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود منه في الاصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما كذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها فلم تتعين فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح ولو استحق العلو ثم أجيز البيع صح لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية ولا شئ لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تحريا للجواز القسمة كما أدخلتموها تحريا للجواز الاجارة أجيب بأن الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع أما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في الملك المشترك فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق والفرق أن البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخل الا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق

(قوله وأما البيع فلتمليك العين الخ) أقول مقتضى كلام المصنف ان كليهما يعقد للانتفاع لكن الانتفاع في الاجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشروح وأيضا ان أراد بقوله لا المنفعة انه ليس لتمليكها فقط فممنوع ولا يفيد وان أراد انه ليس لتمليكها أصلا فسلم بل هو لتمليك العين والمنفعة أيضا والانتفاع بالمهر والارض السبخة ممكن على ما ذكروه ويدفع بان يراد المنفعة في الحال فليتأمل فان البيع من غيره ليس منفعة في الحال (قوله لا المنفعة) أقول يعني في الحال (قوله ووحد الضمير الخ) أقول أي وحد الضمير في قوله يشتريه أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث فان توحيد الضمير لكونه للطريق يشهد بذلك قوله لا يشترى الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايسة كما لا يخفى

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده) فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا أقاموها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها و يتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له وأما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على (٣٠٤)

بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد أما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا أم لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم به قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد

﴿ باب الاستحقاق ﴾

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان أقر بها الرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا

﴿ باب الاستحقاق ﴾

حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فان كان (ببينة) استحق ولدها معها وارشها ان كان (وان) كان (ب) مجرد (اقرار) المشتري (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة) اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه (فانها كاسمها مبينة) لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبلها قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فانه يثبت انه قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كالوادعت في يد الاخير ثم اخرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي ينسحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له (أما الاقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضا مقضيا به قيل نعم تبعا كما أن ثبوت استحقاقه تبعا (وقيل) لا بل (يشترط القضاء بالولد أيضا) لانه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف (واليه تشير المسائل) التي ذكرها محمد رحمه الله

﴿ باب الاستحقاق ﴾

قال المصنف (وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول في النهاية ومعراج الدراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق انتهى وفي غاية البيان خلاف ذلك وفي الفتاوى للتمرتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينفسخ فان وقال ابن الهمام وفي الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول الواو في قوله وهي حالية (قوله والاخبار لا بد له) أقول أي لصدقه (قوله من مخبر به) أقول يعني محقق (قوله أما اذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشترى اشترنى فانى عبد له فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شئ وان كان البائع لايدرى

فان محمدا قال اذا قضى القاضى بالاصل ولم يعلم بالزوائد لاتدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد فى يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب فى ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترى القضاء بالزوائد بخصوصه ثم ذكر فى النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشترى لايوجب انفساخ العقد الذى بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بأن غاية مافى الباب أن يكون بيع فضولى يعنى بائع المشترى الذى قضى عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد واثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعنى الموقوف المفسوخ لاتلحقه الاجازة واستوضح بمافى الفتاوى الصغرى اشترى شيأ ثم استحق من يده ثم وصل الى المشترى يوما لايؤمر بالتسليم الى البائع لانه وان جعل مقرا بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لاجرم لو اشترى عبدا قد أقر نصا أنه ملك البائع ثم استحق من يد المشترى ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البائع لأن اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهرزاده انتهى وماذكره صاحب النهاية هو المتصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان أراد دليل عدم الرضا بالبيع فليس بلازم لم لايجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق و يثبته استمر فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل أحدهما اما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع و يصل الثمن اليه فظهر أن اثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضا بالبيع بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مقيداله لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشترى ثم وصل اليه ولاشك أنه اذا اتصل باثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلابد أن يرجع المشترى بالثمن ممن هو فى يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالبيع والالم يأخذ وأجاز فأين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لااله غيره ولامرجو الاخيره وفى الذخيرة مما يجب اعتباره فى فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على اجازة المستحق ولايوجب نقضه فى ظاهر الرواية انتهى واعلم أن المنقول فى أن البيع متى ينفسخ أقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لاينفسخ مالم يرجع المشترى على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعدما قضى له أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلوانى الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لايكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى الزيادات روى عن أبى حنيفة أنه لاينتقض مالم يأخذ العين بحكم القضاء وفى ظاهر الرواية لاينفسخ مالم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها أيضا اذا استحق المشترى فأراد المشترى نقض البيع من غير قضاء ولارضا البائع ليس له ذلك لأن احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع أو على تلقى الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضى فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعنى يلزم العجز عن اثبات ذلك أو المراد أن يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لاشك فى أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشترى بعد ان قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير مجيز أنه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجز دليل ظاهر فى عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى انسانا (قال له اشترنى فانى عبد فاذا هو حر) أى فظهر أنه حر ببينة أقامها (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدرى مكانه (لايرجع على العبد بشئ) من الثمن الذى قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض (واذا كان البائع لايدرى

قال (ومن اشترى عبدا فاذا هو حر الخ) رجل قال لآخر اشترنى فانى عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو إما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة واما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لايدرى

(أين هو) فان كان الاول فليس له على العبد شئ وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اني عبد ليس على العبد شئ في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا غيبة كانت
وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شئ منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشئ بأمر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض (٣٠٦)

أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة

أين هو رجع المشتري على العبد) بما دفع الى البائع من الثمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما رجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لانه أدى دينه وهو مضطر في أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشئ (ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتهني فاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أي على العبد (على كل حال) أي سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أو لا يعرف وهذا ظاهر الرواية (عنهما وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أي في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعاوضة) وهي المبايعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس الا مجرد) (الاخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتهني فاني عبد وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره واقراره) فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فكان بتغريره (ضامنا) لدرك (الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال) لاهل السوق (بايعوا عبدي فاني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فانهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل المولى بذلك ضامنا للدرك ماذا بعليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه) فلو ذلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تغريرا في عقد معاوضة

يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيأ لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم أو كل ولهذا شاة فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع فيه الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لم يجعل الامر به ضمانا للسلامة

قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما) أقول قوله فيهما أي البيع والرهن ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتهني من جعل الشئ مقيسا عليه لنفسه فليتأمل فانه يجوز أن يقال تقرير الكلام اما في الرهن فبالاجماع واما في البيع فلأن الرجوع الخ وترك التفصيل للاعتماد على الفهم (قال المصنف بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول فيه بحث فان شئت فراجع آخر كتاب الحجر

و بخلاف الاجنبي فانه لامعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد إما أن يدعي الحرية أولا والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب أن قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان أراد الاول فله وجهان أحدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم محتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها او بناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل أيضا عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر وان أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستند به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لانه فيما دونه أمكن أن يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامة البينة على ما ادعياه

وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة

ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لم يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات لا قصاص عليه غير أنه استحق عند الله عذابا بالايطاق (وبخلاف الأجنبي لانه لا يعبأ بقوله) فالرجل هو الذي اغتر قال المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى) أي دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعوى الحرية تناقض تصريحه برقه فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولهما في دعوى الحرية مطلقا (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها او بناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الامة حتى إن الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات لا تحتاج في القضاء بها الى الدعوى واذا لم تحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أي الدعوى (شرط مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الاصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها أما في حرية الاصل (فلخفاء) حال (العلوق) فانه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى ينفرد به ولا يعلم العبد فيقر بالرق ثم يعلمه فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه (وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق) الزوج اياها (ثلاثا قبل اختلاعها) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد

(قوله لتضمنه تحريم الى قوله الى تعيين الأم) أقول أنت خبير بأن التضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضا كما في تحريم فرج الاخوات والبنات ولعل التعرض للاحتياج الى التعيين لكون التضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول أي في حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول اذا ادعى الحرية ولا ينتفي شرط الحرية اذا لم تدع قال المصنف (وقيل هو شرط) أقول تذكير الضمير الراجع الى الدعوى لكونها في تأويل ان يدعي وهذا مطرد في المصادر المؤنثة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول اذ فرض المسئلة فيما اذا لم يمكن انقضاء العدة والتحليل بعد الطلاق الذي أقامت البينة عليه

قال (ومن ادعى حقا في دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشئ) لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي قال (وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ رجع بحسابه) لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والله تعالى أعلم بالصواب

على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضامن فالاصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على ملك المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة انها له منذ شهر يقضى بها له ولا يرجع على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة انه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة رجل آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها رجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت (الدار الا ذراعا لم يرجع) على الذي صالحه (بشئ) لتمكنه من أن يقول مرادي من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي أدعيه هذا الباقي (ولو) كان (ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شئ رجع بحسابه لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامته ودلت المسئلة على) أمرين أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لان الابراء عن المجهول جائز عندنا (لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة) والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا لو أقام به بينة لا تقبل أما اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة ﴿فروع﴾ اشترى شيأ ثم قال هو ملك فلان وصدقه أو ادعاه فلان وصدقه هو أو أنكر فحلف فنكل ليس له في شئ من ذلك الرجوع على البائع بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم عيبه ولا سلامته ولو أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه فان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الاصل وهي تدعي ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل و يرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى * باع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لان مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل ولو برهنت أمة في يد المشتري الاخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل الا من كان قبل فلان * اشترى شيأ ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لان الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه يقرر القضاء الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض ولو قضى للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الامة للبائع عند أبي حنيفة وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بائعه قبل لانه خصم

ولو

قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشئ لان للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شئ رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتنقسم المائة لان البدل ينقسم على أجزاء المبدل (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة) قالوا ودلت أيضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة

قال المصنف (ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول وسيجيء أيضا في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية

ولو برهن البائع الاول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ولو استحلفه أورده لا يقبل ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لان القضاء وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الى أن يثبت بها ليمكنه الرجوع على بائعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعي لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل على المنكر لا المقر وذكر في آخر كتاب الدعوى ادعى عينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاه فقبل أن يقضي القاضي للمدعي ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة أو بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعي القضاء بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول أظهر وأقرب الى الصواب وهو يناقض ما ذكره في باب دعوى الدين الا أن تخص تلك بتعارض الحاجة الى الرجوع وقصد القاضي الى القضاء باحدى الحجتين بعينها فيحصل أنه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي على ما جعله الاظهر أن يقضي بالاقرار وان سبقته اقامة البينة غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقايل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا أرجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه أن يقر المشتري أن بائعي قبل أن يبيعه مني اشتراه مني فاذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه باقراره أنه باعه منه والله أعلم

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمري لغصبه أو فضوله وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد البيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل أن يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار الخ) ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن أحمد لم ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالولاية الشرعية

﴿فصل في بيع الفضولي﴾ (قوله لان بيع الفضولي صورة الخ) أقول لان الاستحقاق قد يكون بالهبة (قوله لان المستحق انما يستحق الخ) أقول كلمة انما لا تلائم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لانها بالملك أو باذن المالك) أقول ونحن نمنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذينك

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده أما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب (٣١٠) الشرعية أحكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه

قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقى وحدثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة حدثنا الحى عن عروة البارقى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى به أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروى أنه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشترى به أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعلا أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشترى من غير ضرر ولا مانع شرعى فيدخل ثبوته في العمومات أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفى مؤنة طلب المشترى ووقوع الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشترى وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهماله والعاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا للكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا العقد ثابتا دلالة اذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا أصل لقياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغى أن ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر فأما نفاذه بلا رأيه ففيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمملوك أصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الآبق ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبى ولو بمال لحق الشرع فانه أزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف على اجازة وليه أو اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغى أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف (تصرف تمليك)

وهذا التصرف لما كان موقوفا المالك ذكر أفاد حكما موقوفا كان السبب الثابت أفاد حكما باتا وان السبب انما يكون لغوا اذا خلا عن الحكم فأما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار وأما صدوره من الاهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ وأما المحل فان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين أما المالك فلأنه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وأما الفضولى فلأن فيه صون كلامه عن الالغاء وأما المشترى فظاهر فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجدا

(قوله لان التمليك من غير المالك لا يتصور) أقول فيه منع فان وصى اليتيم مثلا ليس بمالك لمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق وأيضا اذا كان من اضافته من قبيل اضافة العلم الى الفقه يكون قولنا تصرف تمليك في معنى تمليك اذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك (قوله فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول الاولى هو القصر على العقل على ما سيجىء في المأذون ليشمل بيع الصبى العاقل الفضولى

أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضى لكن المانع
ليس بمنحصر فى الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لاتبع ماليس عندك وكذلك العجز عن التسليم
ألاترى أن بيع الآبق والطير فى الهواء لايجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لاتبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف
الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ماروى الكرخى
فى أول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال أخبرنا الحسن
عن عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى أضحية فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا
النبى صلى الله عليه وسلم فى بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لايقال عروة البارقى كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى
بلادليل اذ لايمكن اثباته بغير نقل والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشترى له أضحية ولو كان النقل على
سبيل المدح له فان قيل هل
يجوز شراء الفضولى كبيعه
أولا أجيب بأن فيه تفصيلا
وهو ان الفضولى ان قال
بع هذا العين لفلان فقال
المالك بعت فقال الفضولى
اشتريت لاجله أو قال المالك
ابتداء بعت هذا العين
لفلان وقال الفضولى قبلت
لاجله فهو على هذا الخلاف
وان قال اشتريت منك هذا
العين لاجل فلان فقال
المالك بعت أو قال المالك
بعت منك هذا العين لاجل
فلان فقال اشتريت
لايتوقف على اجازة فلان
لأنه وجد نفاذا على المشترى
حيث أضيف اليه ظاهرا
فلاحاجة الى الايقاف على
رضا الغير وقوله لاجل
فلان يحتمل لاجل رضاه
وشفاعته وغير ذلك بخلاف
البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتيج الى الايقاف على رضا الغير والى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله
والشراء لايتوقف على الاجازة (قوله وله) أى للمالك الاجازة اعلم ان الفضولى إما أن يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير
والفلوس والكيلى والوزنى الموصوف بغير عينه وإما أن يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا
والمتعاقدان بحالهما فان أجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر أن الاجازة تصرف فى العقد فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين
والمعقود عليه

كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن فى التصرف النافع قال (وله الاجازة اذا كان المعقود
عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما) لان الاجازة تصرف فى العقد فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين
والمعقود عليه

من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة فى مثله بيانية أى تصرف هو تمليك وحركة هى
اعراب ولاحاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف مجيز أى
من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو
طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعقد وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها وكان
الاحسن أن يقول تصرف شرعى وأما القياس على الفضولى بالشراء ففى شراء الفضولى تفصيل ذكره فى
شرح الطحاوى وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى
قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال الفضولى اشتريت هذا لاجل فلان فقال
بعت أو قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولى غير متوقف
على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشترى فلا يتوقف لانه أضيف اليه ظاهرا فلاحاجة الى ايقافه الى
رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته أو رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله
الاجازة) أى للمالك (اذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما
الفضولى والذى خاطبه فلابد من بقاء أربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لاتصح اجازة
الوارث كما سنذكره هذا فيما اذا كان الثمن دينا أى مما لايتعين وهذا (لان الاجازة تصرف فى العقد فلا
بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وانما لم يذكر
المالك لانه ذكر أن الاجازة منه وهو فرع وجوده وفى الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز
موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولابد فى الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل
شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولايمكن أن ينتقل بعد الهلاك
والمشترى ليلزمه الثمن وبعد الموت لايلزمه مالم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد

(قوله فالجواب أن قوله لاتبع نهى عن البيع الخ) أقول وانما لم يجب لأن النهى يقتضى المشروعية كما سبق لانه تجر الى فساد البيع
فليتأمل (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول فيه بحث فانه ذكر فى مسئلة بيع الآبق اذا عاد من الاباق حيث لايتم العقد فى ظاهر
الرواية ويحتاج الى عقد جديد انه وقع باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فما قرره هنا مخالف لذلك
الا أن يكون هذا مبنيا على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر

واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره

بالاجازة ولا تلزم الاحيا والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه (واذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشترى (والثمن مملوكا له أمانة في يده) أى في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه (كالوكيل فان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث انه بها صار تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشترى من المشترى اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشترى من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم (وللفضولي) أى في البيع (أن يفسخ قبل اجازة المالك) حتى لو أجاز لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لانه معبر محض) أى كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف ما لو وكله بعقد فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فان العقد الاول يبطل لطروء البات على الموقوف (هذا) الذى ذكرناه فيما (اذا كان الثمن دينا فان كان عينا) بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذى تفيده الاجازة انه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب أو جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشترى اذا لم يضفه الى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشترى من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوى ولو اشترى رجل لرجل شيأ بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذى اشترى له أو لم يجز أما اذا أضافه الى آخر بأن قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشترى هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث)

وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة أشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض أيضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بأن ينقد البائع ما باع ثمنا لما ملكه العقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكان للمالك الفسخ وكذا لكل من الفضولي والمشترى لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله أن يحترز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحه قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين أى فيما اذا كان الثمن دينا أو عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز لاجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح توقف على اجازة الابن فان أجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث أجيب بأن عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ قدمنا للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها

(ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعدم (جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن

أجيب بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري) قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم و) لا ملك ههنا لان (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق (اذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمهم الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا

قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد وان هلك بعده فللمالك ان يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري وأيهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من أحدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه ينفذ بيعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض أمانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه تأخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد) رحمهما الله (لان الاصل بقاؤه) ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبدا فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وأقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول أبي حنيفة استحسان وجه قول محمد (أنه لا عتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك) وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الاجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا) من هذا الحديث وقد سلف تخريجه (ولهذا) أي لاجل ان الشرط

قال المصنف (وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه) أقول اذ الظاهر بقاء ما وجد (قوله لان محل العتق هو الرقبة الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل الخ (قوله ولهذا

لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله (ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع) وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذا اذا اعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق ألا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذا فلأن لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك) فيه (ثبت موقوفا) والاعتاق يجوز أن يثبت موقوفا على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه أما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر وأما انه موقوف فلما تقدم وأما ان الاعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا موقوفا في ملك موقوف وهذا أبعد من الاول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه أن يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب أن لا ينفذ بيعه أيضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك هنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط

لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه أسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه فصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك

الملك الكامل (لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري بـ) شرط (الخيار للبائع ثم يجيز البائع) البيع (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع أسرع نفاذا من العتق (حتى نفذ من الغاصب اذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا أجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء وكذا اذا جعل فضولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ والا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر) أول الباب (فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا أعتق ثم أدى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك انما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لا انه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا أجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة وأما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كاعتاق المشتري من الراهن) فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن أو فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف (وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين (واما)

لا يصح ان يعتق الخ) أقول وعندي معنى قوله ولهذا أي ولكون المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك المستند قال المصنف (ولهما ان الملك ثبت موقوفا الخ) أقول لعلهما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحديث ان المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق مالك له ملكا تاما وان عمم العتق للنافذ وغيره يعمم الملك ايضا بلا فرق فليتأمل (قوله وهذا أبعد من الاول الخ) أقول لان في الاول البائع مالك لرقبة المبيع والوقف لحق المرتهن

وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف مضاف أي غيره موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده (قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف الثاني أن طروء الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف لان الدفع أسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الاول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق

الملك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود أما المالك اذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طروء الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله (أما اذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة وتقريره أما اذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند الى من يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد

بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما اذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح

وأما عتق المشتري من الغاصب (اذا أدى الغاصب الضمان) فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعله سببا في الحال متأخرا حكمه ان أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد وأما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا الا ان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما الا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود أولا

(قوله ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة) أقول الى هنا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده) أقول يعني الغصب يفيد حكم الملك (قوله الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان الخ) أقول انما قال ثم ادى الضمان لانه لو ملك الغاصب المغصوب من جهة المالك ببيع أو هبة أو ارث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لان الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله كذا في فتاوى التمرتاشي في باب بيع عبد غيره (قوله والمنع انما يكون بعد الوجود) أقول فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله أي بعد وجود التعارض ومنه يتنبه لدفع نظر الشارح فتنبه (قوله وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول وفيه بحث فان توجه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن ان يخفى على أحد لا سيما اذا نظر الى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول الوقف تحرير الارض كما ان العتق تحرير العبد ولعل الاولوية من حيث ان لزوم الوقف يحتاج الى أمور غير لفظ وقفت بخلاف الاعتاق

لم يدخل فى ضمانه لان ارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فمازاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفى الكافى ان لم يكن المبيع مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين فى الكتاب على

لم يدخل فى ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

(لم يدخل فى ضمانه) لما ذكرنا ان اليد من الآدمى نصفه والذى دخل فى ضمانه هو ما كان فى مقابلة الثمن فمازاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن وهذا لان أرش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل فى ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجها آخر وهو ان (فيه شبهة عدم الملك) لان الملك فى الارش يثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك وأورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك فى الزوائد ينبغى أن يتصدق بالكل لان فى الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور فى بيان شبهة عدم الملك فى الزوائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن الا بانفراده دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفيد شيأ ووزع فى الكافى الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا وأخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح مالم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ولو كان أخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود أى الملك حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشترى من الغاصب أعتق العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المصنف وهذه أى هذه المسئلة وفى بعض النسخ وهو (حجة على محمد) يعنى كون الارش للمشترى حجة على محمد فى عدم تجويزه اعتاق المشترى من الغاصب اذا أجاز المالك بيع الغاصب فانه إعتاق فى ملك موقوف وهذا استحقاق أرش مملوك بملك موقوف (والعذر له) أى جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ أرشها ثم عجز فرد فى الرق فان الارش للمولى) مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا اذا قطعت يد العبد فى يد المشترى والخيار للبائع ثم أجاز) البائع (البيع) يكون (الارش للمشترى بخلاف الاعتاق على مامر) حيث لا يكفى فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ماذكره بقوله (فان باعه المشترى من آخر ثم أجاز المولى البيع الاول) أى بيع الغاصب (لم يجز البيع) أى بيع المشترى من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعنى قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره (ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول) أى بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما) أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف (فانه) أى الاعتاق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشترى لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روى عن أبى حنيفة أنه

الاعتبارين قال (فان باعه المشترى من آخر الخ) يعنى ان باع المشترى من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولى أيضا لانه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولى موقوفا وأجيب بأن غرر الانفساخ فى بيعهما عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فترجح لان الصحة فى العقود أصل

فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار الترك اجماعا وهو أن لا يصح بيع أصلا لاسيما فى المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشترى الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثانى عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر ألا ترى ان البيع قبل القبض فى المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح

(قوله اذ المشترى الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ فلم ينعقد) أقول منظور فيه فان الشراح صرحوا فى كتاب الاكراه ان المغصوب منه اذا أجاز بيعا من البيوع لو تناسخت المغصوب العقود نفذ ما أجازه خاصة ولو لم ينعقد لما نفذ

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل أي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده أو قتل ثم أجاز المالك البيع أي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا أن الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل

لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه ملك موقوف

قال (فان لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا ان الاجازة من شروطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فأمكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته) للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى

يتوقف البيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بأنه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا أو غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة أجيب بأن هنالك معارضا للغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يتملكه المشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينعقد أصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات لجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر ما نعا غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشئ من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انتهاء فكان ضدا محضا لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله (فان لم يبعه المشتري) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا في الموت ظاهر وأما في القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين أن يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وبين أن يفسخه فيصير الى البائع فمدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يأمره مالكه ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وانه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى حيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يأمره ببيعه وقال المشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح

وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت بات فأمكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لانك بعتني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك (فأقام المشتري البينة) أن رب العبد أو البائع أقر انه لم أمر البائع ببيعه (لا تقبل بينته) لانها تبتنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى (للتناقض) لان إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة

قال المصنف (فان لم يبعه المشتري فمات في يده) أقول قال الاتقاني لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكر في الزيادات شروحه وصاحب الهداية أيضا ذكرها تفريعا انتهى فلا يكون قوله قال محمد في محله لما ذكره الاتقاني نفسه في أول باب الوطء الذي يوجب الحد ان كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محمدا أو القدوري

لانه مناقض فی دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض
فرق بين هذا وبين ماذكر فی المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة ان البائع باع
العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض ساع فی نقض ماتم به والثانية ماروى
ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة انه كان دبرها
أو استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع
فی نقض ماتم به وفرق أما فی مسئلة الواهب فالفرق ان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير
والاستيلاد والتناقض فيه لايمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل فی دعوى
الحرية لانه مما قد يخفى على المتناقض المدعی بها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه التدبير مثلا
والاستيلاد لايخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لايقبل تناقضه ولايحكم ببينته وأما فی
مسئلة المأذون فبأنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على اقرار البائع انه
ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشترى ثم مسئلة الاستحقاق لو أقامها على
اقرار البائع انه للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم فی ذلك
و يثبت ماليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا
تصديق الخصم و يجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولاتقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن فی
يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لاتقبل بينته مالم يدع الوصول اليه من
جهة الغائب ولو أقامها على اقرار المدعی تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق فی شرح الزيادات
بين هذا و بين مسئلة الجامع المذكورة فی الهداية وهو انه لاتقبل بينة المشترى على اقرار البائع انه لم
يأمره كما لاتقبل على دعواه انه لم يأمره بأنه وضع المسئلة فی الجامع فيما اذا كان المبيع فی يد المشترى فهو
سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا حق
الرجوع وفی الزيادات وضع فيما اذا أخذت الجارية من يد المشترى فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع
قال ولايقال فی مسئلة المأذون المبيع فی يد المشترى ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا
أخذ العبد من يده وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسئلة الزيادات أيضا فی ان الجارية
فی يد المشترى كما أسمعتك فالاولى ماذكر فی الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة
على ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد
لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشترى على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع
ولايناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية
عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم
تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد
غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد
البيع قال محمد تقبل بينته و يبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما فی شرح الزيادات
ما لو قال المشترى للقاضی سل البائع ان الامة للمستحق أو ليست له اجابه القاضی الى ذلك لانه يدعی انه
مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضی فان أقر بذلك ألزمه الثمن وان أنكر وطلب
المشترى تحليفه أجابه القاضی الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعی عليه معنی لو أقر به يلزمه فاذا
جحد يستحلف كما فی سائر الدعاوى فانه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه
انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لاتقبل بينته وكما لاتقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لايستحلف

الابعد دعوى صحيحة دل عليه مافى المأذون اشترى عبدشيأ ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فاراد العبدان يقيم البينة على ماادعى لاتقبل ولا يستحلف خصمه وان أقر به البائع يلزمه وذكر فى الجامع ان المشترى لوأراد استحلاف البائع انك مابعته من فلان قبل أن تبيعه منى لم يكن له ذلك وان أقر به البائع يلزمه والجواب أن فى مسئلتنا المشترى غيرمناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد أصلا ولا الثمن فان بيع مال الغيرمنعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا فى حق البينة ولم نجعله مناقضا فى حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه أولى لان البينة حجة متعدية فلولم نجعله مناقضا فى حقها لزمنا أن لانجعله مناقضا فى حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة المأذون لان العبد منكر لحكم العقد أصلا لان شراء المحجور لايوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع فى يد المشترى فلا يكون له حق الخصومة وهذا على طريق الموافقة للمصنف فى الفرق قال ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الاصل فان أقر المشترى بذلك أو استحلف فنكل وقضى القاضى بحريتها لم يرجع المشترى على البائع أما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لايجرى فى دعوى الرق فى قول أبى حنيفة وعندهما يجرى الا أن اليمين تكون على الامة فلا معنى لقوله فأبى المشترى اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشترى لان الظاهر شاهد له فلو أن المشترى أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته و يرجع عليه بالثمن فرق بين هذا و بين الاستحقاق من وجهين أحدهما أنه ليس بمناقض فى فصل الحرية لانه فيما يظهر ببينته انه أخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفى انعقاد العقد وملك اليمين للبائع فكانت البينة مظهرة أن اقدامه على الشراء لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلوقبلنا بينة المشترى انها للمستحق لايظهر ببينته أنه المستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك اليمين للبائع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض و يصير مكذبا شهوده ساعيا فى نقض ماتم به والوجه الثانى انه مناقض فى الفصلين الا أن هذا تناقض لايحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كالوتزوج امرأة ثم أقامت البينة انها أخته من الرضاع أو أقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف أصحابنا رحمهم الله فيمن باع رضا ثم أقام بينة انه باع ماهو وقف منهم من قال لايقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لايحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر أبو بكر الرازى رحمه الله انما تقبل بينة المشترى انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول أبى حنيفة لاتقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشترى بذلك أو أبى اليمين وقضى عليه لايرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان أقام المشترى البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت ببينته أنها لم تدخل فى العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء بينهما لاتقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتأخر لا يبطل الشراء السابق

قال (ومن باع دارا لرجل وأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهى مسئلة غصب العقار وسنبينه ان شاء الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

(قوله ومن باع دارا لرجل) أى عرصة غيره بغير أمره وفى جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما ادخلها المشترى فى بنائه وكذبه المشترى (لم يضمن البائع عند أبى حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) هل يتحقق أولا عند أبى حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن

﴿فروع﴾ تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولى من رجل وزوجها منه فضولى آخر فأجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجاها من رجل فأجيزا بطلا ولو باعاها من رجل فأجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك ولو باعه فضولى وآجره آخر أو رهنه أو زوجه فأجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولى وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيره لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع أحق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع فيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولى عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوى البيع فى افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرضى رجل واحد له فأجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الاجازة ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين فى المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار فى بيع المرهون والمستأجر انه موقوف على اجازة المستأجر والمرتهن فلو وصل الى المالك بوفاء الدين أو الابراء أو فسخ الاجارة أو تمام المدة تم البيع ولو لم يجيزا فللمشترى خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبى يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والمؤجر وفى المرتهن اختلاف المشايخ وفى مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان أقر به الغاصب أو كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو أجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه اخلف بدلا والاول أصح وروى ابن سماعة عن أبى يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشترى مقام البائع فى الدعوى وعن أبى حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشترى ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شئ قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبى المحجور الذى يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضى وكذا الذى بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء فى الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان أجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة العبد والمشترى لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارثه يتوقف على اجازة الورثة آ وصحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله أعلم

قال (ومن باع دارا لرجل) قيل معناه باع عرصة غيره بغير أمره (وأدخلها المشترى فى بنائه) قيل يعنى قبضها وانما قيد بالادخال فى البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أى قيمة الدار (عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار) على ما سيأتى

باب السلم

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بآجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بأن السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بأن يقول رب السلم للآخر أسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة أو أسلفت فيقول الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرط جوازه سيذكر في أثناء كلامه (٣٣٣) ان شاء الله تعالى قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بأن من حق الاجل أن يكون معلوما ووجه الاستدلال (ماروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أي في السلف على تأويل المداينة (أطول آية في كتاب الله وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية) فان قيل هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقدرة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين أسلموا ومعناه الواجب في الذمة

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية

باب السلم

تقدم أن البيع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق أو قلبه وهو السلم أو ثمن بثمن فالصرف أو عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الآخرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما فقدم انتقالا بتدريج وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف أيضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى كذا ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك الى آخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان وصحة المذهب عنه عسر الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى أسلمت اليك الى كذا وبعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع الى مجرد اللفظ وعرف أن ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المصنف شرائطه وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة أما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كأنه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة تواته عليه وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على

باب السلم

(قوله أخذ عاجل بآجل) أقول يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوي اذ الاصل هو عدم التغير الا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو الخ) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول الرد للاتقاني (قوله ولو قيل بيع آجل بعاجل الخ) أقول قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الاتقاني (قوله فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول ان أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك وان أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فمسلم ولا يفيده اذ لا ينازع أحد في تناوله للسبب وان نوزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة الى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس فناقض آخر كلامه أوله

(و) بالسنة وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم والمراد بالموزونات

شرعيهما عن قتادة عن أبي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الآية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة وعزاه بعض متأخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمصنف قد ذكر لفظ الحديث أحل السلف المضمون فقال بعض المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل انه في بعض رواياته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى أجل جمعا بين مقررين وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) الا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم) وان كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه أصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى أن قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلف في شئ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال ان كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المآلية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالابتياع بثمن مؤجل وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فهمه فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة وأطال كلاما وحاصله مبنى على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل أولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلي فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده وقوله أي فرق الى آخره يفيد أنه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لأجل هذه المصلحة شرع

وان

وأما السنة (فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه) لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) السلم جائز في المكيلات والموزونات (لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فأنا أول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات)

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول فان وجوب الوصف شرعا يتضمن جواز موصوفه شرعا هذا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل الخ) أقول وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم وظاهر أن ذلك لا يكون ذلك الا بعد الجواز ولا شبهة في الآية الكريمة

غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول أصح لان التصحيح انما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال (وكذا في المذروعات) لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله والمراد بالموزونات أي التي يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فان أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل وان أسلم غيرها من العروض ككر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لابد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأسا حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل) ولا يبطل وهو قول أبي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابان أصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه الا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا أن الاول عندي أدخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما أمكن (قوله وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولابد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط الصحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمخاء كل ما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة فان قيل ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في المبيع أما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس

غير الدراهم والدنانير لانهما أثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني) والاول قول عيسى بن أبان والثاني قول أبي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير لم يمكن أن يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم وأما اذا كان كلاهما من الاثمان بأن أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى أصح لان التصحيح انما يجب في محل أوجبا العقد فيه وهما أوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما أوجباه فيه فلا يكون صحيحا قال (وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها) أي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من أسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرطه وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة

(قوله فالجواب أنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ) أقول هذا منع لا يضر

وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت

عنده بل كل ماليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه فى منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته كان ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل وكون المذكور فى الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم فى المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلم فى شئ يعنى من هذه الثمار فليكن الى أجل معلوم وفى كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجى فأنيط بمظنة ذلك من الاقدام على أخذ العاجل بالآجل واعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى أخذ العاجل بالآجل وهى ثابتة من القزازين فى المذروع كما فى أصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول فى أثناء الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم فى المذروعات بالدلالة أعنى دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل فى المذروعات مانع وهو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس فى الصنعة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لابد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما أن المكيل ايضا لا يكتفى فى صحة السلم فيه بمجرد ذكر عدد الكيل بل لابد أن يذكر الاوصاف معه فتأمل هذا التقرير فان فى غيره خبطا والله أعلم (قوله وكذا فى المعدودات التى لا تتفاوت كالجوز والبيض) أى يجوز السلم فيهما عددا (لان العددى المتقارب مضبوط بالعدد مقدور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا (والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا تباع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين وهذا هو الضابط فى المعدود المتقارب وهو مروى عن أبى يوسف وعليه عوّل المصنف أعنى ان ما تفاوت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل فلا يجوز السلم فى شئ منها عددا للتفاوت فى المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز فيها الا بذكر مميزات وأجازوه فى الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفيه نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقالب خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله فى باذنجان ديارهم وفى ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه بالاسلام فى بيض الدجاج والجوز الشامى والفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضا فلو أسلم فى بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز فى الآخرين وعن أبى حنيفة انه منعه فى بيض النعام ادعاء التفاوت آحاد فى المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه أن ينظر الى الغرض فى عرف الناس فان كان الغرض فى عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرف أهل البوادى يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض فى ذلك العرف حصول القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها

(وكذا فى المعدودات المتقاربة وهى التى لا تتفاوت) آحادها (كالجوز والبيض لان العددى المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا كما فى المذروعات (فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض

بعد

(بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا) فصار الضابط فى معرفة العددى المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد فى المالية دون الانواع وهذا هو المروى عن أبى يوسف رحمه الله ويؤيد ذلك ما روى عن أبى حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز فى بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيها أى فى المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددى لا كيلى وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا لوجود التفاوت فى الآحاد وانا أن المقدار مرة يعرف بالعد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا (قوله وكذا فى الفلوس عددا) ذكره فى الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وأما عند محمد فلا يجوز أى لا يجوز السلم فى الفلوس لانها أثمان والسلم فى الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية فى حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه فى باب الربا فى مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم فى الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو أن كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح فى حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح فى حقهما فبقى ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين (قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان) وهو لا يخلو اما أن يكون مطلقا أو موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثانى لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثنى

بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد فى المالية يعرف العددى المتقارب وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده فى المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددى وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا فى الفلوس عددا وقيل هذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها أثمان ولهما ان الثمنية فى حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل (ولا يجوز السلم فى الحيوان) وقال الشافعى رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن

بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو اهداره قال المصنف (وكما يجوز عددا فى العددى المتقارب يجوز كيلا) وقال زفر لا يجوز لانه ليس بمكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت) بين آحاده قلنا أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت فى ماليته وأما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيله مع أن اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر فى العد بل يتعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدول فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علما به ورضى رب السلم فانما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك فى أموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا أجزناه كيلا فوزنا أولى (قوله وكذا فى الفلوس عددا) أى يجوز السلم فى الفلوس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله فى الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف أما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين فى باب الربا لانها أثمان وهذا ما أراده المصنف من قوله ذكرناه من قبل واذا كانت أثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه أبو الليث الخوارزمى أن السلم فى الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا فاذا أقدما على السلم فقد تضمن ابطالهما اصطلاحهما على الثمنية ويصح السلم فيها على الوجه الذى يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذى الى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزنيا يعنى اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذى تعورف التعامل به فيها وهو العد الا أن يهدره أهل العرف كما هو فى زماننا فان الفلوس أثمان فى زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا فى ديارنا فى زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية فى ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم فى الحيوان) دابة كان أو رقيقا وهو قول الثورى والاوزاعى (وقال الشافعى) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص أما المعنى ف(لانه يصير معلوما) أى منضبطا (ببيان الجنس) كفرس أو ابل أو عبد (والسن)

والنوع و الصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد

كابن مخاض أو عشار (والنوع) كعربي وبختي وحبشي (والصفة) كأحمر وأسمر وطويل أو ربعة (والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالاجماع والا لم يصح سلم أصلا فان القائب لو بلغ في تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى وان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر فعلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل وأما النص فما روى أبو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وأخرج الطحاوي بسنده الى أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فأمر أبا رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال أعطه اياه ان من خيار الناس أحسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة وفي رواية بأربعة أبعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم الا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنه ينظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر اليها فقد جعل الموصوف كالمرئي وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الابل دية في الذمة وأثبت مهرا في الذمة وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف قيمة الآخر وكذا بين الفرسين والجملين (بخلاف الثياب) فانها مصنوعة العبد بآلة خاصة فاذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخلق الله تعالى الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه الله (قلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد) يريد أنهما يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت أصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل أعني قل اذا كف بما يستعمل للنفي كقوله وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا انه أراد قلة التفاوت وجب أن تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل وأما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي حبيب عن مسلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه عن عبد الاعلى أبو بكر بن أبي شيبة فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا أنه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو ابن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكرا ولا أعلمه في غير هذا الاسناد وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو أقوى منه وهو ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن

والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك يسير ساقط لقلته فأشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى أجل وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا انه بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان متساويان في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة لمعنى في الباطنة فيفضي الى المنازعة المانعة لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان في دار الحرب ولا ربا بين الحربي والمسلم فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل أنه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك

(قوله تنقل الآلات كان من دار الحرب الخ) أقول يعني الآلات المهمة في تجهيز جيش الاسلام من الخيل والجمال وغيرهما فكان الامر لعمرو بشرائها منهم

سفيان

وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير

سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق حدثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب أجل اسنادا من هذا وقول البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله ان حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تحديده بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال وأيضا اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروى عن رجال الآخر وحديث آخر أخرج الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع انه ليس كذلك وأخرج الامام أحمد حدثنا حسين بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون بيع الكالئ بالكالئ تقييد للاعم فانه أعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب وقال المصنف رحمه الله (صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان) هو ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوتى حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوتى فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه برفعه الى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب أن يرجح على حديث أبي رافع ان صح لانه أقوى سندا أعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفي الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلدة البكري مالا مضاربة فأسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت أخذ بعضا وبقي بعض فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأتاه يسترفقه فقال عبد الله أفعل زيد فقال نعم فأرسل اليه فسأله فقال عبد الله اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شئ من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع يريد بين ابراهيم وعبد الله فانه انما روى عنه بواسطة علقمة أو الاسود الا أن هذا غير قادح عندنا خصوصا من ارسال ابراهيم فقد تعارضت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله لهم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في أن هذا مما تحصل به

في العصافير والحمامات التي تؤكل وأن السلم فيه لا يجوز أن يكون عندكم وتقريره أن عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في أول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فأسلمها زيد الى عتريس ابن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم أموالنا وهو دليل على أن المنع لم يكن لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم وأما الدليل على ذلك فهو السنة

(قوله لا يقال في كلام المصنف تسامح) أقول يعني في قوله في الحيوان ثم أقول فيه شئ الا أن يقال في قوله تسامح تسامح والمعنى في كلام المصنف اعتراض (قوله لان ذكر ذلك الخ) أقول جواب لقوله ولا يتوهم

قال (ولا فى أطرافه كالرؤس والاكارع) للتفاوت فيها اذ هو عددى متفاوت لامقدر لها قال (ولا فى الجلود عددا

المعرقة وكلا منافى انه ينتفى معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلحوق الفتنة على السامع وهى لاتتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص وأما ثبوته فى الذمة فى المهر والدية ونحوهما فلأن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجرى فيه المساهلة بخلاف ما قوبل بمال فانه تجرى فيه المشاحة فجرينا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لايجوز أن يثبت فى الذمة لما يجرى فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيهما ولقائل أن يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يبقى فاحشا لايضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ماذكر من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الاوصاف الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغى أنه لايجوز لان ذلك لايعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجرى المنازعة فى أن اخلاقه ما هى وفى تحريرها فالمفزع فى ابطال السلم فى الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبى عمرو قال قلت له انما لايجوز فى الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا لانا نجوز السلم فى الديابيج ولا يجوز فى العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديابيج ولكنه بالسنة وفى مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه فى معنى المنقطع لانه مما لايقتنى ولا يحبس للتوالد ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه يقام مقام الموجود بخلاف السمك الطرى لرجحان امكان أخذه وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمرى وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روى عن أبى يوسف أن ما لاتتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفى لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص وان اعتبرنا عمومه وجب أن لايجوز فان قيل فالسمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجاز فى العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطرى فى المسلم فيه وليس كذلك بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا فى اطرافه) أى لايجوز السلم فى أطراف الحيوان (كالرؤس والاكارع) وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة فى الدواب قيل المانع مبنى على منع السلم فى الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشئ لانها لايصدق عليها الحيوان ان كان النهى تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون فى حالة الحياة وكان يلزم ان لايجوز فى الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة ولذا يجوز السلم فى الجلود وزنا والمصنف انما ذكر فى منعه انها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا وغير عدد لانتفاء المقدر وعندى لابأس بالسلم فى الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقى الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد حينئذ لاتتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يزاد انها رؤس عجاجيل أو ابقار كبار ونحوه فى الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير (لا فى الجلود عددا) وكذا الاخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا أن يذكر العدد لقصد التعدد فى المسلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر فى الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا فى الاديم بأن يقول طائفى أو برغالى وفى الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط أو حور ونحوه وقول بعضهم يجوز فى الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا أن يغنى ذكر نسبته عن قدره كورق حموى وفى الجواليق طوله

قال (ولا فى اطرافه كالرؤس والاكارع) والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددى متفاوت لامقدر له ولا فى جلوده لانها تباع عددا وهى عددية فيها الصغير والكبير فيفضى السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددى فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لايوزن عادة وذكر فى الذخيرة أنه ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة حينئذ

(ولا في الحطب حزما) لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة وزاي وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما تشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا) وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة أقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما أن يكون موجودا من حين العقد الى المحل أو ليس بموجود أصلا أو موجودا عند العقد دون المحل أو بالعكس أو موجودا فيما بينهما أو معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد

بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بأنه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز وأجيب بأن القدرة انما تكون موجودة اذا كان العاقد باقيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بأن الحياة ثابتة فتبقى وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك أجيب بأن وجوده كالنصاب ووجوده لا ككماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك

ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا) للتفاوت فيها الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال (ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل

ووسعه وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك (و) كذا (لا) يجوز (في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك) بأن يبين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى أن لا يجوز السلم فيها أصلا بل لا يجوز بهذا العد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب وكون العرف في شيء من بعض المقدرات لا يمنع أن يتعامل فيه بمقدار آخر يصطلحان عليه الا أن يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا وعنه كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل بنحو الحنطة بجنسه وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا أما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان رأس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كي لا يصير تفاوت الحنطتين المتحدتي الوزن كيلا وبهذا تضعف رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضيخان أن الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه وأما الجزز بكسر الجيم وزاءين أولهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز (قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل) بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والمحل (لا يجوز) وهو قول الاوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد واسحق (اذا كان موجودا عند المحل جاز) وان كان منقطعا وقت العقد أو بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم أيضا اطلاق الحديث المتقدم أعني أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم أنه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في

(قوله وهذا ينقسم الى ستة أقسام الخ) أقول بل الى ثمانية أقسام والقسمان الاخيران أن يكون موجودا عند العقد وما بعده دون المحل وان يكون موجودا عند المحل وما قبله دون وقت العقد الا أنهما مندرجان في قوله عند العقد دون المحل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول فيه تأمل

(ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده) لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه واللفظ له عن أبي اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيأ ذلك العام فقال المشتري أؤخرك حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع أخذ من نخلك شيأ قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رأيت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما أخرج البخاري عن ابي البختري قال سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم وأما لزوم وجوده بينهما فاما العدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما الاغير احداث قول ثالث أو نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الاداء يتأخر عنه فلا يضطر اليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار الوجود و بالاستمرار يتمكن من التحصيل فان أخذ السلم مظنة العدم و بالاخذ بذلك مظنة التحصيل شيأ فشيأ في مدة الاجل و باعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع وأهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات أرأيت المسلم اليه في الجلود أيذبح عند حلول الاجل الف رأس ليعطي جلودها رب السلم وكذا الاسمالك المالحة والثياب والاخشاب والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يحصل له ليعطي ما يخرج له و يشتري الباقي وكثير يأخذون ليتجروا في رأس المال و ينفقوا من فضل الكسب على عيالهم و يحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا اعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره أبو بكر البلخي وتواردوا عليه وفي مبسوط أبي الليث لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وان كان بسجستان (ولو انقطع بعد المحل) اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده) وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعذر التسليم بعارض (على شرف الزوال) فيتخير المشتري (كما لو أبق المبيع قبل القبض) وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما أخر التسليم اذا كان وجوده مرجوا بخلاف المبيع العين فان بهلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الكائن

(قوله ولو انقطع بعد المحل) يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده (لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق وفي قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه أن العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت قال (ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل

فيما فلوس هي أثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار أوانا معلوما وكذا لغيرها أوان يكثر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بأن يقول بوري أو راي وفي أسماك الاسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لانه) حينئذ (معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت) في التحفة وأما الصغار فيجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطري والمالح وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر

بصرية تزوجت بصريا * أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس برديء ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد ملح ومليح ولا يلتفت الى قول الراجز * أطعمها المالح والطريا * ذاك مولد لا يؤخذ بلغته وأما الطري فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني أن يكون السلم مع شرطه في حينه كي لا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليرد ما ذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأي تحرزا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) كمكونه ذكرا وخصيا وسمينا بعدان بين جنسه من نحو الضأن وسنه ثني ومن الفخذ أو الكتف أو الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع أبي حنيفة فيما اذا أطلقا السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا ووجهه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في

كان أو مالحا للتفاوت ووزنا اما أن يكون في المالح أو الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز

بصرية تزوجت بصريا * يطعمها المالح والطريا

لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة للفقهاء قال (ولا خير في السلم في اللحم) خير نكرة وقعت في سياق النفي فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال أبو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل

فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم أجاب بقوله لانه لايمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى أن عدم الجواز فيه متفق عليه وفى تعليله تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم فى لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور

على طيور لاتقتنى ولاتحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب أنه أسلم فى المنقطع

بخلاف لحم الطيور لانه لايمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت فى قلة العظم وكثرته أو فى سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفى مخلوع العظم لايجوز على الوجه الثانى وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض و بعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به فى وقته أما الوصف فلا يكتفى به

سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعا ومعلوم انه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت بأصل الخلقة كالنوى فى التمر ولذا جاز السلم فى الالية مع انها لاتخلو من عظم والسلم فيها وفى الشحم بالاجماع (بخلاف لحم الطيور لانه لايمكن وصف موضع منه) لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر فى منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه أن مالا يصاد من الطيور لايجوز السلم فيه ولا فى لحمه وما يصاد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لايجوز وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لايعتبره الناس وهو الصحيح فيجب أن يكون محمل ما فى الكتاب من المنع مطلقا فى مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب أنه اذا أسلم فى مائة رطل من لحم الدجاج مثلا أن يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لايحب الصدر منها فيقول أوراكا أو غير الصدر أو ينص على صدرها أو أوراكها فان أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لايجوز للمنازعة بسبب ماذكرنا لاختلاف اغراض الناس ولابى حنيفة رضى الله عنه وجهان أحدهما أنه يقع سلما فى المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم قلت للمشاهد فى بيع اللحم حالا بعظمه جريان المماكسة بين البائع والمشترى فى العظم حتى ان المشترى يستكثره فيأمره بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف فى المؤجل المستأخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم فى مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل فى فصل الهزال وحاصل هذا الوجه أنه سلم فى المنقطع وعلى هذا لايجوز فى مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف (وهو الاصح) لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احداهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر فى باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لايسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بأنه من ذوات القيم الاهنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه رأى وسط غصب المنتقى ان أبا يوسف روى عن أبى حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المصنف (أن القبض) أى قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله به) أى بالمقبوض أما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفى به الى آخر ماذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذلك مذهبهما و بعد التسليم أى تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابى أنه يضمن بالمثل الا أن ينقطع من أيدى الناس وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلى فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة فى الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل لانه مثل صورة ومعنى أما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلى رد العين والمثل أقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين

والسلم فى مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت فى اللحم بسبب العظم فى الطيور تفاوت لايعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوى وجه التأمل ولابى حنيفة طريقان أحدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ألا ترى انه تجرى المماكسة بين البائع والمشترى فى ذلك بالتدليس والنزاع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضى جوازه فى منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثانى ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس فى ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة و بقلة الكلا وكثرته والسلم لايكون الا مؤجلا ولا يدرى انه عند المحل على أى صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضى عدم جوازه فى مخلوع العظم وهذا هو الاصح (قوله والتضمين بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع و بعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ولا تفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به السلم

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى أجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى أجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب أن قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ماليس عند الانسان وما شرع لذلك لابد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما أن يكون قادرا على التسليم في الحال أولا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقي على النافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز ممن عنده اكرار حنطة أجيب بأن السلم لا يكون الا بأدنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقة أمر باطن لا نطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر

قال (ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الى أجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي

السلم والقرض أن القبض في القرض معاين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول أما السلم فانما يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفى به أي لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولا والمقبوض ثانيا ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا بنت الربا باين لحي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ مع لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم الا مؤجلا) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال) بان يقول مثلا أسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لاطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا يستدلون به لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والفرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فليس معناه الامر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو الى أجل فليكن الى أجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان أيضا أمرا بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول لا شك ان أهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة أو موجودا قادرا هو عليه فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى أعلم وقولهم الغرر في

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول على ما هو مذهب الشافعي (قوله لما نذكره) أقول اشارة الى ما يذكره في حيز فان قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لان قوله رخص في السلم الخ) أقول وأيضا العمل بالدليلين يوجد بحمل المطلق على المقيد على ما هو أصل الخصم ثم قوله لان قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين

قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما رويناه وبالمعقول وهو أن الجهالة مفضية إلى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بعد مدة قريبة وذلك يؤديه في بعدها واختلف في أدنى الأجل فقيل أدناه شهر استدلالا بمسألة كتاب الأيمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر وقيل أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم وبه قال أبو بكر الرازي والأول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الأيمان قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال أو الذراع فيفضي إلى المنازعة ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الإناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة وقد مر يعني في أول البيوع أن البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لأن القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما إذا كان من حديد وخزف أو خشب أو نحوها أما إذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل قال بكسر الزاي لأن فعليلا بفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فإنه لا يجوز لإفضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء التعامل قال (ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لأن انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة موهوم (فتنتفي القدرة عن التسليم)

قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) لما روينا ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والأول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم

السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئا أعني بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال فإن الغرر قد يحتمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والأجل أدناه شهر إلى آخره) في التحفة لا رواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل واختلفت الروايات عنهم والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدر بما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الإيضاح فإن قدر بنصف يوم جاز وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالثلاث روي عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي وصحح المصنف الأول لأنه مروي عن محمد ولأنه مأخوذ من مسألة اليمين وهي ما إذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه) قال المصنف (معناه إذا كان لا يعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وإنما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه إلى أن قال بخلاف السلم إلى آخره وقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضا في بيع العين بالعين لأنه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما والصحيح الأول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا بيع مجازفة ثم لا بد (أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع) والحديد والخزف (فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل) والغرارة (لا يجوز للمنازعة) عند التسليم (إلا في قرب الماء فيما روي عن أبي يوسف للتعامل فيه) فإنه أجازه وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك بمثل هذه القربة وعينها أجاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القربة والله أعلم ولكن بمقدارها والزبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كحنطة بلدة لفهميين والمحلة بلاد مصر (أو ثمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لأنه قد يعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم)

أشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم فى تمر فلان أما من تمر حائط فلان فلا أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولا خفاء فى كونه منه عليه الصلاة والسلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز فى ثمرة قرية بعينها وقوله مال أخيه

والیه أشار علیه الصلاة والسلام حیث قال أرأیت لو أذهب الله تعالى الثمر بم یستحل أحدکم مال أخیه ولو کانت النسبة الى قریة لبیان الصفة لا بأس به على ما قالوا کالخشمرانی ببخاری والبساخی بفرغانة قال (ولا یصح السلم عند أبی حنیفة رحمه الله الا بسبع شرائط جنس معلوم) کقولنا حنطة أو شعیر (ونوع معلوم)

قال المصنف (والیه أشار رسول الله صلى الله علیه وسلم بقوله أرأیت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم یستحل أحدکم مال أخیه) فان معنى هذا أنه لا یستحق بهذا البیع ثمنا ان لم یخرج هذا البستان شیأ فکان فی بیع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا یصح بخلاف ما اذا أسلم فی حنطة صعیدیة أو شامیة فان احتمال أن لا ینبت فی الاقلیم برمته شیء ضعیف فلا یبلغ الغرر المانع من الصحة فیجوز فهذا الحدیث یفید عدم صحة البیع سواء کان وروده فی السلم أو فی البیع مطلقا والواقع أن معناه ورد فی السلم وفی البیع أما فی السلم فما قدمناه من حدیث أبی داود وابن ماجه فی الذی أسلم فی تلك الحدیقة النخل فلم یطلع شیء فأراد المسلم الیه أن یمنعه الثمن الذی کان أخذه وقال انما النخل هذه السنة حیث قال له رسول الله صلى الله علیه وسلم أخذ من نخلك شیأ قال لا قال بم تستحل ماله اردد علیه ما أخذت منه الحدیث وأما ما فی مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله علیه وسلم قال لو بعت من أخیك ثمرا فأصابته جائحة فلا یحل لك أن تأخذ منه شیأ بم تأخذ مال أخیك بغیر حق فیصدق على کل من السلم والبیع ویمکن أن یکون دلیلا على أن هلاك المبیع یبطل البیع ویوجب رد الثمن فهو دلیل هذه المسئلة أیضا وفی الصحیحین عن أنس أن النبی صلى الله علیه وسلم قال ان لم یثمرها الله فبم یستحل أحدکم مال أخیه هذا (فلو کانت نسبة الثمرة الى قریة) معینة (لبیان الصفة) لا لتعیین الخارج من أرضها بعینه (کالخشمرانی والبساخی) ببخاری وهی قریة حنطتها جیدة (بفرغانة لا بأس به) ولانه لا یراد خصوص النابت هنالك بل الاقلیم ولا یتوهم انقطاع الحنطة هنالك لانه اقلیم وکذا اذا قال من حنطة هراة یرید هراة خراسان ولا یتوهم انقطاع طعام اقلیم بکماله فالسلم فیه وفی طعام العراق والشام سواء وکذا فی دیار مصر فی قمح الصعید والذی فی الخلاصة وذکر معناه فی المجتبى وفی غیره لو أسلم فی حنطة بخاری أو حنطة سمرقند أو اسبیجاب لا یجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم فی حنطة هراة لا یجوز وفی ثوب هراة وذکر شروط السلم یجوز لان حنطتها یتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصیص البقعة فیحصل السلم فی موهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبیان الجنس والنوع لا لتخصیص المکان ولذا لو أتى المسلم الیه فی ثوب هروی بثوب نسج فی غیر ولایة هراة من جنس الهروی یعنی من صفته ومؤنته یجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضی العرف فان تعورف کون النسبة لبیان الصفة فقط جاز والا فلا یبینه ما فی الخلاصة قال لو کان ذکر النسبة لا لتعیین المکان کالخشمرانی فانه یذکر لبیان الجودة لا یفسد السلم وان کان یتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا أما السلم فی الحنطة الصعیدیة والعراقیة والشامیة فلا شك فی جوازه وفی شرح الطحاوی لو أسلم فی حنطة حدیثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة فی الحال وکونها موجودة فی وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا یصح السلم عند أبی حنیفة رضی الله عنه الا بسبع شرائط) تذکر فی العقد وأما عندهما فهی الخمس الاولى ولا شك أن للسلم شروطا غیرها ولکن لا یشترط لصحة السلم ذکرها فی العقد بل وجودها وشرائط جمع شریطة فقول بعضهم فی بعض النسخ سبع وهو الاصح لیس کذلك بل سبعة على تقدیر کون المعدود شرطا وسبع على تقدیرها شریطة وکل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ لیس الا المشهور سبع شرائط (جنس معلوم کحنطة شعیر ونوع معلوم

أراد به رأس المال أی لو لم تحصل الثمرة فبأی طریق یحل رأس المال للمسلم الیه ولو کان النسبة الى قریة بعینها لبیان الصفة أی لبیان ان صفة تلك الحنطة التی هی المسلم فیه مثل صفة حنطة تلك القریة المعینة کالخشمرانی ببخاری والبساخی بفرغانة جاز العقد فان تعیین الخشمرانی لیس باعتبار أن تکون الحنطة منه لیس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمرانی وعلى هذا ظهر الفرق بین ما اذا أسلم فی حنطة من حنطة هراة وبین ما اذا أسلم فی ثوب هروی فی جواز الثانی دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبیان جنس المسلم فیه لا لتعیین المکان فان الثوب الهروی ما ینسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغیرها یسمى هرویا واذا أتى المسلم الیه بثوب نسج على تلك الصفة فی غیر هراة أجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بأرض هراة والنابت فی غیرها لا ینسب الیها وان کان بتلك الصفة فکان تعیینا للمکان وهو موهوم الانقطاع حتى لو کان لبیان الصفة عاد کالاول

قال (ولا یصح السلم عند أبی حنیفة الا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبی حنیفة رحمه الله وعندهما على خمسة فأما المتفق علیه فهو أن یکون فی جنس معلوم حنطة أو غیرها ونوع معلوم

سقية أو بخسية والبخس خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي تسقيها السماء لانها منحوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة أو رديئة ومقدار معلوم عشرين كرا بمكيال معروف أو عشرين رطلا وأجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع فأما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل) بفتح الحاء (ومؤنة) ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر أو أجرة حمال فهذان شرطان اختلفا عند أبي حنيفة وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قالا في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولابي حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيأ فشيأ وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم أو في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله (أو ربما) وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ الا رأس ماله) واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالمحقق) كالثوب

كقولنا سقية أو بخسية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو رديء (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود (وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة) وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالاشارة فأشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق

كسقية) وهي ما يسقى سيحا (أو بخسية) وهي ما يسقى بالمطر ونسبت الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا (وصفة معلومة كجيد ورديء) ووسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا ينعكس فان النقود تكون رأس مال ولا مسلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والاصل فيه أي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم الحديث نص على شرطي القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافي للمنازعة وقوله (والفقه فيه ما بينا) يعني قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال اذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة وهذا الشرط في قدره احتراز عما اذا كان ثوبا لان الذراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شيء فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر أن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا لان انفراد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم وفي التبر روايتان والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة كذا ذكر بسبب اشتراطه لاجل اعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة) أي اذا كان نقله يحتاج الى أجرة ونحوه لثقله (وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا) يقبضه دفعة (ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان) خلافيتان بينه وبينهما (لهما في الاولى) وبقولهما قال مالك وأحمد والشافعي في قول أن المقصود من اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالاشارة) الى العين الثمن المعجل فأغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة المعجلة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه

(الشرع مع المنافى) اذ القياس يخالفه الاترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الاجل أكثر من نصف يوم فان قيل فى هذا اعتبار النازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك و بعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد و بعد الرد ترك الاستبدال فى مجلس الرد أيضا محتمل

الشرع مع المنافى بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما ولهما فى الثانية أن مكان العقد يتعين

كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية ذرعانه بالاتفاق وله ما روى عن ابن عمر أنه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤدية اليه وما يؤدى الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تأديته اليه أنه ربما ينفق رأس المال كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال بعد رده وقد يكون أكثر رأس المال زيوفا فانه اذا رده واستبدل بها فى المجلس يفسد السلم عند أبى حنيفة لانه لا يجيز الاستبدال فى أكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى مقدار ذلك فاذا لم يكن قدر المكيل معلوما لم يدر فى كم انتقض وفى كم بقى فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم فى هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافى) وهو كون المبيع معدوما فان ما شرع كذلك يكون ضعيفا فى الشرعية فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا فى الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم أرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه (بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه) وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجعول رأس مال سلم ناقصا وسمى عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تالفا لا ينتقص من المسلم فيه شئ بل المسلم اليه بالخيار ان شاء رضى به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فان فى وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال به فى مجلس الرد فيه أيضا كذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال أن لا تخرج الثمرة أجيب تارة بأنها شبهة واحدة فان الكل مبنى على وجود الزيف وتارة بأن السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر فى وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم فى هذا العقد اجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول قال المصنف (ومن فروعه) أى من فروع الخلاف فى معرفة قدر رأس المال (اذا أسلم فى جنسين) ككر حنطة وكر شعير عشرة مثلا (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودراهم فى جنس واحد كبر أو أسلم تمرا وحنطة معينين فى كذا منا من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعنى عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد فى حصة ما لم يعلم قدره فيبطل فى الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا (ولهما فى) المسئلة (الثانية) وهى اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (ان مكان العقد يتعين) للايفاء

والمعتبر هى دون النازل عنها فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبنى على وجوده زيفا والاول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لان الذرع) فى الثوب المعين (صفة) ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيأ من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا فى ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال فى مجلس الرد ومن فروع الاختلاف فى معرفة مقدار رأس المال ما اذا أسلم مائة فى كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفى لجواز العقد وقد وجدت أو أسلم دراهم ودنانير فى كر حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار أحدهما اذا كان مجهولا بطل العقد فى حصته لعدم شرط الجواز فى حصته فيبطل فى حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقالا فى المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء

(وعن هذا) أى عماذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف (قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فى المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف فى الجودة والرداءة فى أحد البدلين (وقيل على عكسه) أى لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد أى مقتضاه عندهما فكان الاختلاف فى المكان كالاختلاف فى نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى شيأ بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط و يتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول أصح (وهو اختيار شمس الائمة) لان الثمن مثل الاجرة وهى منصوص عليها فى كتاب الاجارات وصورة الاجرة استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما و يتعين فى اجارة الدار مكانها وفى الدابة تسلم فى مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزم فى مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما و يتعين مكان القسمة قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء الخ)

وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال (ومالم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع) لانه لا تختلف قيمته (ويوفيه فى المكان الذى أسلم فيه)

المسلم يطالبه بالتسليم فى مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترتفع قيمته والمسلم اليه على عكسه و بخلاف رأس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا والحاقه بالامر فى تعين أول الاوقات بلا جامع لكن لا يخفى أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه فى ذلك المكان فالاولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقهما بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما و بين السلم و بالثمن فى العين محل النزاع لان أبا حنيفة فى الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا اذا كان مؤجلا وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف و برأس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفى الكالئ بالكالئ فلو عقدا السلم ومشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل أن يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم الموجب فى مكان أن يوجب مقتضاه فى ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية فى ذلك لانه يجوز أن يوجد فى مكان وأثر الايجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة الا سمعا (قوله وعن هذا) أى وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا فى صفة الثمن أو المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا فى جودته ورداءته وقيل على عكسه أى لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيما يوجب التحالف فالاختلاف فيه يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) فى البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل فى بيع العين (والاجرة) بأن استأجر دارا مثلا بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما (اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيأ له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن) بالاجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وعندهما يتعين مكان الدار) فى القسمة (ومكان تسليم الدابة) فى الاجارة (للايفاء) (قوله ومالم يكن له حمل ومؤنة) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعنى القليل منه والا فقد يسلم فى امنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعى (و يوفيه فى المكان الذى أسلمه فيه) وكل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه ومالا بأن أسلم اليه درهما فى مركب فى البحر أو جبل فانه

قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك مالم يكن له حمل ومؤنة وقيل مالم يكن له حمل ومؤنة هو الذى لو أمر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه

قال المصنف (لانه لاتختلف قيمته و يوفيه فى المكان الذى أسلم فيه) أقول هذا لا يلائم لما ذكره أبو حنيفة فى تعليل المسئلة الثانية فتأمل

روايتان في (رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل) يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر في الاجارات (يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه) (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز ان يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا تختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد درء السلم سقوط

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلابد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم

يجب في أقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط وذكر في الاجارات من أصل المبسوط (يوفيه في أي مكان شاء وهو الاصح) والاصح من قول الشافعي أيضا (لان الاماكن كلها سواء) اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشترى في المصر بأكثر مما يشترى في السواد (ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الاصح وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في التحفة (ثم لو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا أن يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط أن يوفيه في مكان يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله أما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيفما كان ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز أخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما اذا كان رأس المال (من النقود فلانه) لو لم يقبض (افترقا عن دين بدين) لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ) أي النسيئة بالنسيئة الا أن مالكا رحمه الله يجيز التأخير ويقول اذا لم يشرط التأجيل لا يخرجه الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي وأحمد (وان كان عينا) ففي القياس لا يشترط

خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد أما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والكفالة والحوالة فانها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أسمائها لغة وهذا

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة) أقول لا يخفى عليك بعد هذا القيل (قوله فاذا افترقا كذلك) أقول يعني اذا افترقا من غير قبض (قوله وهذا

وجه الاستحسان والقياس جوازه لان العروض تتعين فى العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب أى ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم (ولهذا) أى ولاشتراط القبض (قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبنى عليه وما كان مانعا من المبنى عليه فهو مانع عن المبنى وكذا لا يثبت فى السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما فى ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفى بيع العين يفيد فائدته لان العقد

ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ

ولانه لابد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدى الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفى الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعى لان الاسلام والاسلاف فى كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها فى الاصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذى اعتبر فيها ولو فرضنا أنها صارت اعلاما فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر فى معناها من الاحكام فلزم التعجيل (ولانه لابد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) اليه اذ الفرض افلاسه وحاجته الى العقد لافلاسه فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل (و) لهذا أى لاشتراط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد فى حق الحكم) الذى هو الملك وهذا على قول أبى حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل فى ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبنى على تمام الملك فى المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان رأس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا الا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز أن يجيز ذلك الغير فاذا أجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله فى حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشترى لا يصح ولا يتوقف اذا كان فى البيع خيار للبائع واعتاق المشترى من الفضولى يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أى فى السلم (خيار رؤية) بالاجماع (لانه غير مفيد) اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين فى الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره فى الكافى ولا يشكل بالاستصناع فانه دين فى ذمة الصانع ويجرى فيه خيار الرؤية يعنى اذا رد ما يأتى به ينفسخ لانا لا نسلم أن المبيع فيه الدين فى ذمة الصانع بل العين كما سيأتى وأما خيار الرؤية فى رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره فى التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) فى المسلم فيه فانه يصح (لانه لا يمنع تمام القبض) لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو تام وقت العقد

قيل فيه اشكالان أحدهما أن الضمير فى قوله فيه اما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت فى رأس المال صرح به فى التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثانى لانتفاء التقريب لانه فى بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار فى المسلم فيه وعدمه لا مدخل له فى ذلك فكان أجنبيا والثانى أن المبيع فى الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز أن يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا فى الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب أن لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثانى انا لا نسلم ان المعقود عليه فى الاستصناع دين بل هو عين على ما يجىء فى الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد

وجه الاستحسان) أقول أشار بقوله هذا الى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل (قوله والقياس جوازه الخ) أقول اذا كان رأس المال عينا قال المصنف (ولانه لابد من تسليم رأس المال) أقول فى دلالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كما لا يخفى ثم اعلم ان قوله ولانه لابد الخ فى قول الشارح معطوف على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل (قوله لان خيار الشرط يمنع الى قوله والقبض مبنى عليه الخ) أقول فيه انه حينئذ يكون مانعا عن القبض نفسه لا عن تمامه (قوله أحدهما ان الضمير فى قوله فيه) أقول حيث قال وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويجوز أن يعود الى قوله التهمة) أقول فيه بحث

(ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق) فلا يخلو إما أن يكون رأس المال قائماً أو لا فإن كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لأن
ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا إتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء والجواب أنه اتفاقي فالتشكيك
فيه غير مسموع وإن كان الأول جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحاً ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً

(قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز) السلم (خلافاً لزفر) وإنما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحاً اتفاقاً لأنه بالاهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولأنه الآن في معنى الابتداء إذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً وقول الشافعي ومالك كقول زفر (وقد مر نظيره) في باب البيع الفاسد وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لهم قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها إلى آخره) فإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني إذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية فإن لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أيها شاء ولو تفاوتت رواجاً انصرف إلى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا إذا سمى مؤيدية يعطيه الأشرفية والحقيقة لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالية والرواج وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها إلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الإيفاء يتم أحد عشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فإن القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيواناً وانتقاد رأس المال إذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كر حنطة (منها مائة دين على المسلم إليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافاً لزفر رحمه الله ووجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وإضافة جعل قبول العقد في صحة الدين شرطاً لقبوله في صحة النقد في هذا شرط فاسد ولنا أن الفساد طارئ فلا يشيع في غير محل المفسد أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقاً بأن قال أسلمت إليك مائتين في كذا ثم جعل إحداهما الدين فظاهر وأما إن أضاف إلى الدين والعين جميعاً بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وإن قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح أن الجواب فيهما عدم الفساد عنده لأن العقد لا يتقيد بالدين ولو قيد به بدليل من اشترى عبداً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل إلا إذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقداه بلا ثمن بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فإنه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف

فإنه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر قال (وجملة الشروط جمعوها) جمع المشايخ جملة شروط السلم في إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي إعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني إلى أجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان الإيفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا (فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداهما إلى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحاً أما إذا أطلق ثم جعل المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا إشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة طارئاً وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لأن النقود كون لا تتعين في العقود وإذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً فصار الإطلاق والتقييد سواء ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم إليه) لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لأنها ليست بمال في حقهما

قال (ولا يجوز التصرف فى رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثانى فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا تجوز الشركة والتولية فى المسلم فيه) لانه تصرف فيه (فان تقايلا السلم لم يكن له أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى عند الفسخ ولانه أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه

كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبى ليست مالا فى حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل القبول فى الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طارئا بلا شبهة * وقال فى المنظومة

ان كان رأس المال نوعين نقد * هذا ودين ذاك فالكل فسد

ان لم يبين قسط ذا وقسط ذا * والبر فى الشعير والزيت كذا

فاستشكلت على مسئلة الكتاب فقيل اغاقيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كذا ذكر فى الهداية واستشكله صاحب الحواشى على قول أبى حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد فى أحدهما يفسد فى الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الى آخره قال الا أن هذا فى الفساد المقارن الذى تمكن فى صلب العقد لا فى الطارئ وهذا طارئ لان قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة أما العقد فى نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين فى المصفى بأن هذا يقتضى أن لا يفسد فى النقد اذا كان رأس المال نوعين أيضا ثم قال يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهى المسئلة التى قدمها المصنف تفريعا على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد ما فرعه المصنف على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال الا أن على هذا لا حاجة الى تقييد المنظومة بكون أحدهما دينا فانه لو كان عينين فسد فيما اذا كان كذلك أيضا (قوله ولا يجوز التصرف فى رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض أما الاول) وهو رأس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما فى ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق (وأما الثانى) وهو المسلم فيه (فانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به أما لو دفع المسلم اليه ما هو أردأ من المشروط فقبله رب السلم أو أجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كنزل بعض حقه واسقاطه فى حق رب السلم ومن جنس القضاء فى حق المسلم اليه وقول القدورى بعد ذلك (ولا تجوز الشركة و) لا (التولية) مع دخولهما فى عموم التصرف فى المسلم فيه لقرب وقوعهما فى المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفى الوضيعة اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هى معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده فى بيع العين والسلم (قوله فان تقايلا السلم لم يكن له) أى لرب السلم (أن يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم فى شئ فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضى أن لا يأخذ الا هو ورواه الترمذى وحسنه وقال لا أعرفه

تفويت القبض المستحق بالعقد ولا فى المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى فرأس المال ان كان مثليا جاز أن يبيع مرابحة وان كان قيما لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن (ولا تجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر فى المسلم فيه (و) لا (التولية) وصورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا فى العموم لانهما أكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه ولى غيره ما تولى (فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشترى من المسلم اليه برأس المال شيأ حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك) يعنى حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص فى ذلك (ولانه أخذ شبها بالمبيع)

(قوله لا يجوز التصرف فى رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم) أقول يعنى ان القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك يعنى حالة البقاء وعند الفسخ) أقول قوله حالة البقاء ناظر الى قوله الا سلمك وقوله عند الفسخ ناظر الى قوله أو رأس مالك

(لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث) وهو الشرع والبيع يقتضى وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك (لسقوطه) بالاقالة (فلا بد من (جعل رأس المال مبيعا) ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما أشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال فى المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء أجاب بقوله (لانه) أى لان عقد الاقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) لانه بيع فى حق الكل والاقالة بيع فى حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض فى الاول اشتراطه فى الثانى (٣٤٦)

بالضرورة فان ثبت بالتنبيه وهو ان اشتراط القبض فى الابتداء كان للاحتراز عن الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغنى عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو أبرز ذلك فى مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجوز قبضه ولو بقى رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله فى أول الكتاب ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية وهى طريقة قوله

ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم *بهن فلول من قراع الكتائب

(قوله وفيه) أى فى جعل رأس المال بعد الاقالة

وهذا لان الاقالة بيع جديد فى حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا أنه لا يجب قبضه فى المجلس لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال (ومن أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء

مرفوعا الا من هذا الوجه وأخرجه الدارقطنى عن سعيد الجوهرى وعلى بن الحسين الدرهمى باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمى وقال ابراهيم بن سعيد فلا يأخذ الا ما أسلم فيه أو رأس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفى ضعفه أحمد وغيره والترمذى يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديثه حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا أسلفت فى شئ فلا تأخذ الا رأس مالك أو الذى أسلفت فيه وأسند عن أبى الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ الا سلمك يعنى حال قيام العقد أو رأس مالك أى عند الفسخ فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أى كونه أخذ شبها بالمبيع (بـ) سبب (أن الاقالة بيع جديد فى حق ثالث) غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا وأورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة فى المجلس ولم يلزم بالاجماع فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعنى عقد الاقالة (ليس فى حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترقا عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له (وفيه خلاف زفر) أى فى منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز أن يشترى به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال (والحجة عليه ما ذكرنا) من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم فى كر) وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بأن

مبيعا (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا فى ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون اكاله جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول قال (ومن أسلم فى كر فلما حل الاجل الخ) رجل أسلم فى كر من الحنطة وهو ستون قفيزا (فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض فى يد رب السلم كان من مال المسلم اليه

(قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول وهو الاقالة (قوله لان عقد الاقالة ليس فى حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع فى حق الكل) أقول ضميرلانه راجع الى الابتداء (قوله وهى طريقة) أقول ليس ذلك على طريقته كما لا يخفى على من له أدنى مسكة

وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز) لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على مامر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه (وان أمره أن يقبضه له) أى للمسلم اليه (ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له) أى رب السلم للمسلم اليه (ثم اكتاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا (لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشترى (وهذا هو محمل الحديث على مامر) فى الفصل الذى يلى باب المرابحة حيث قال المصنف ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان ومشتريان فلابد من توفير مقتضى كل عقد عليه ألا ترى أن الثانى لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشترى كاله لنفسه بحضرة المشترى الثانى فقبضه الثانى لابد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثانى والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التى اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا فى صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثانى فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قول فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز وقوله (والسلم وان كان سابقا الى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال بيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهى فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشرائه من بائعه (وانه) أى قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه فى حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كى لا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فأخذ العين عنه فى حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال فى الزيادات لو أسلم مائة فى كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند القبض كأنهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو أسلم فى موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الى آخره لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوز به يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا والسلم فى معدود فعلى الروايتين فى وجوب اعادة العد فى بيع المعدود

(وان أمره أن يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل) الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم (فلابد من الكيل مرتين لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على مامر) فى الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما يتبين (قوله والسلم وان كان سابقا) جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهى وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك (لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لان المسلم فيه دين فى ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلابد من تكرار الكيل

(و) ان (كان) الكر (قرضا فأمر) المستقرض المقرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة) ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشئ بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا (٨ ٤ ٣) لا يلزم التأجيل فى القرض لان التأجيل فى العوارى غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال (ومن أسلم فى كر فأمر رب السلم الخ) رجل أسلم فى كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم ففعل وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن) له فى غرائره طعام فانه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم اليه (لان الامر بالكيل لم) يصادف ملك الآمر اذ حقه فى الدين لا فى العين فلا (يصح) الامر (وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المدون فيه حيث لم يصر قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشترى غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه فى امساك الغرائر فبقيت الغرائر فى يد المشترى حكما فما وقع فيها صار فى يد المشترى (قوله ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا أمره بالطحن فى السلم كان الطحين للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى) واذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه (وفى الشراء من مال المشترى) وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا أنه ملكه لما صح أمره ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح (ولهذا) أى ولان الامر قد صح (يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح

وان لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال (ومن أسلم فى كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه فى الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى لصحة الامر وكذا اذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم اليه وفى الشراء من مال المشترى ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح

بعد شرائه منه هذا (فلو لم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكر) ولم يقل اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة (جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار فى القرض لو لم يكن بالازم تمليك الشئ بجنسه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل فى القرض لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقترض المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل (قوله ومن أسلم فى كر فأمر رب السلم المسلم اليه أن يكيله فى غرائر رب السلم) والموضع موضع الاضمار فيهما لكنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه فى الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا الغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع) الدائن اليه كيسا (ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا) هذا اذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر فى ملك الغير قال فى المبسوط والاصح عندى أنه يصير قابضا لان أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر فى كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لى بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أى دفع المشترى غرائره للبائع وأمره أن يكيلها فيها ففعل بغيبته (صار قابضا لان الامر قد صح) هنا (لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشترى البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشترى فلو هلك الدقيق فى الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك فى الثانى هلك من ملك المشترى وتقرر الثمن عليه ومثله (اذا أمر) رب السلم المسلم اليه (أن يصبه فى البحر ففعل كان من مال المسلم اليه) ولو أمر المشترى البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشترى لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل) الواحد (فى الشراء فى الصحيح

لان البائع نائب عنه فى الكيل) فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلما أجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أى وتحقق القبض بالوقوع (فى غرائر المشترى) فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال فى الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر) المشترى (قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر فى يده) لان الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله و يعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا لانه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم فى كر حنطة فلما حل الاجل اشترى

لانه نائب عنه فى الكيل والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ولو أمره فى الشراء أن يكيله فى غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله و يعزله فى ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشترى ان بدأ بالعين صار قابضا أما العين فلصحة الامر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه و بمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما

لانه نائب عنه فى الكيل والوقوع فى غرائر المشترى) وقوله فى الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفى الا بكيلين على ما مر قبل باب الربا ولو كان فى البيع أمر المشترى البائع أن يكيله فى غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا (لانه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الاعارة لانها انما كانت عقد تبرع لم تتم الا بالقبض (فلم تصر الغرائر فى يده فكذا ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كما لو أمر المشترى البائع (أن يكيله و يعزله فى مكان من بيت البائع) ففعل بغيبته لم يصر قابضا (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول السلم فأمره أن يكيل فى غرائر المشترى كليهما ففعل بغيبته إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشترى قابضا لهما (أما العين فلصحة الامر فيه) لانه لاقى ملكه (وأما الدين فلاتصاله بملكه و بمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر المقرض (أن يزرعها فى أرض المستقرض وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما (وان بدأ بالدين) فكاله فى الغرائر (لم يصر قابضا) أما فى الدين فلعدم صحة الامر) لما قلنا (وأما) فى (العين فلانه يخلط مال المشترى) بجنسه من مال نفسه (يصير مستهلكا له عند أبى حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لانه بأمره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكا يصير المشترى (بالخيار ان شاء نقض البيع) لعيب الشركة (وان شاء شاركه فى المخلوط) وأورد أن صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا به أجيب بأن المعقود عليه ثمة

من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين) أى المسلم فيه والعين وهو المشترى فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولا الدين أو العين فان كان الثانى (صار) المشترى قابضا لهما جميعا أما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورد بأنه لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض كما لو وكله بذلك نصا وأجيب بأنه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وأما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها فى أرضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصبغ فان الصبغ والبيع اتصلا بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه فى الاجارة الفعل لا العين والفعل

لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه فى الدين لا فى العين وهذا عين فكان المأمور بجعله فى الغرائر متصرفا فى ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر (وأما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبى حنيفة فينفسخ العقد) فان قيل الخلط حصل باذن المشترى فلا ينقض البيع أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشترى بل الخلط على وجه يصير به الآمر قابضا هو الذى كان مأذونا به وفى عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزما واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص و يجوز أن يقال كلامه فى قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط غير مرضى به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما)

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة الخ) رجل أسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولو لم تحل الاقالة بموتها لا كهالة ما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء أسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكأن أحد العوضين كان قائما فلا

يرد ما قيل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كرحنطة الخ) اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وان أنكر الصحة وعلى هذا اذا أسلم رجل في كرحنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديأ وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر أقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بذلك

قال (ومن أسلم جارية في كرحنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لان البقاء أسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة) لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه قال (ومن أسلم الى رجل دراهم في كرحنطة فقال المسلم اليه شرطت رديأ وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه) لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة

الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كرحنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع الى أن يقبض ففي السلم المبيع قصدا انما هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الاقالة بعد هلاكها اذا كان العرض الآخر باقيا لان كلا منهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم الى رجل الى آخره) الاصل في هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر وان أنكر الصحة اذا عرف هذا احتجنا الى المسائل (أسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه شرطت لك رديأ وقال رب السلم لم تشترط شيأ فالقول قول المسلم اليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لان رب السلم متعنت) لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لانه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وان كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر) أقول لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وان كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعه باعتبار المعنى والصورة كما سيجيء (قوله لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه الى قوله فانهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول فعلى هذا التقرير يكون التعرض لتعنت رب السلم ضائعا بتم المقصود بدونه

استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت كانت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكأن المضارب يدعي استحقاق شئ في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد ورد عليه لان رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه

استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان أنكر الصحة

استحقاق) زيادة (الربح) وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم اليه) وهو قول الشافعي (لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الفرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشئ تبع له فالاتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لانه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له (أما السلم ف) عقد (لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي الاجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يحنث به في عينه لا يسلم في شئ فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد أجيب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي أختين في عقدين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وان كان بحرف العطف وأوردا أيضا ما اذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغ

(قوله والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الاول مسلم وليس الاجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته والثاني غير مسلم

قال (ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة) لانه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ماذكرنا وان كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضا لانه مقصود فيه

بلزعك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد أجيب بأنه ما أقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده الى حال عدم الاهلية . واعلم أن انكار الاجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن أقام بينة قضى له فان أقاماها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يري اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قالا جيد أجبر على القبول واذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضى بها وان قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف والمسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين وكل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر أو في شعير أو في الحنطة الرديئة وأقاما قضى ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في كر شعير وأقاما البينة قضى بالسلمين عند محمد على أصله وأبو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر وان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وأقاما فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضى بسلمين وعند محمد يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضى بسلمين كما في الثوبين وفيها أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذرعيا ففي الكيلي فان أسلم في عشرة أقفزة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز وقدمنا انه في الاردا والاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شئ آخر وفي الثوب ان جاء بأزيد بذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بأنقص فرد معه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بأنقص وصفا لا يجوز ولو بأزيد وصفا جاز الكل في الاصل (قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه أسلم في معلوم) والرقعة يراد بها القدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لانه أسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لابد من بيان وزنه أيضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة

قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العددي الذي تتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلئ والرمان والبطيخ لا يجوز السلم فيه لافضائه
الى النزاع وفي الذي لا تتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيه لانه مما
يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر) اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن
يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره
جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة أولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول أن جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع
المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه) أي لا يجوز كذا
لان الجواز خير فينتفي قال (وان استصنع شيأ من ذلك بغير ذكر الاجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي
شيأ صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم وهو لا يخلو اما أن يكون فيما فيه تعامل واليه أشار
بقوله شيأ من ذلك أي مما تقدم من طست وقمقم وخفين أولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز) لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما) لانه عددي متقارب
لاسيما اذا سمى الملبن قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لانه لا يفضي الى
المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لانه دين وبدون الوصف يبقى
مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك اذا كان يعرف)
لاستجماع شرائط السلم (وان كان لا يعرف فلا خير فيه) لانه دين مجهول قال (وان استصنع شيأ من ذلك
بغير أجل جاز استحسانا) للاجماع الثابت بالتعامل

يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل
ما اختلفت قيمته بالخفة والثقل من الثياب عرفا كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في
المنتقى اذا باع ثوبي حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة
يكتفى بتعريفها في البيع غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع
وفي الطول بذكر عدد الذرعان يجب أن يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ان كان الذراع يختلف
الطول فلا بد من تعيينه الا أن يكون أحدهما هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز
بيعها بجنسها جزافا فلذا ذكر القدوري أن بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كأواني الصفر
(قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بلا خلاف الا لمالك (ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا)
في المالية فان الجوهرتين قد يتحدان وزنا ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي
تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما) لانه
عددي متفاوت اذا سمى الملبن وقوله (لاسيما اذا سمى الى آخره) يعطي أنه متقارب فلا تشترط تسمية
الملبن بل اذا سمى يكون أحسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع
مائة آجرة من أتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا أو قميرا وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعلى
حجرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه وألحقناه في السلم بالمتفاوت المتقارب
(قوله وكل ما أمكن ضبط صفته الى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر
والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا
والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف
وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة
أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط
واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت الا يسيرا (قوله وان استصنع
شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب
أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة

(قوله أحدهما أنه عكسها الخ) أقول فيه انه ليس عكس الاول بل الحكم الكلي في الثاني لانتفاء الشرط فتأمل

والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له أجل اليه أشار قوله بغير أجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملا وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو عدة والصحيح أنه بيع لاعدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة أنه سماه في الكتاب بيعا وأثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولا نه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا بغزل من عنده أو الخياط أن يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ألا ترى أنهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لامحالة فان قيل كيف يجوز أن يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا أجاب (بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع أجاب (بأن المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بأنه لو كان بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ذكره في جامع قاضيخان وأجيب بأن للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها بالبيع

وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز

كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيأ فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استئجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو أولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ومثله شرب الماء من السقاء وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور مواعدة وانما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها واثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم وقوله (والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي

(قوله ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى انهما اذا تبايعا الخ) أقول وللحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فيخير لذلك وفيما نحن فيه لا يمكن أن يجعل الصانع مشتريا لما لم يره فلا وجه لخياره الا ما قررناه فتأمل (قوله فان قيل انما يصح ذلك الخ) أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا الا أن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتباره موجودا

من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل أي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة أجيب بأن الصبغ أصل والصبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (الا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك قال (وهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه لأنه اشترى مالم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار الصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع مالم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الأصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا أولا وأما المستصنع فلان الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله ألا ترى أن الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لابد لاقامة الدين منها الا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لابد لاقامة الدين منها ولا يجوز اعطاء الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له أجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ماذكره على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من قبل الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الأجل يقتضي أن يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل أن يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول (بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال (وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) لانه اشترى شيأ لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح لانه باع مالم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله ان له الخيار أيضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف انه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه ربما لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا أمكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح

المعقود عليه العمل لان الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ماذكرناه من قول محمد لانه اشترى مالم يره ولا الرجاء به مفروغا الا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وانما بطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا) أقول ذكره قبل أسطر وهو قوله لانه بائع باع مالم يره (قوله اختيار بعض المتاخرين الخ) اقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا الا انه لا منافاة بينهما فتأمل (قوله وفيه نظر لأن غير الاب الخ) أقول لا يخفى عليك ان مآل هذا النظر التكلم على السند الاخص وانه لا يجدي نفعا (قوله يعتبر شرائط السلم) أقول من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف

ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره نسلم أن اللفظ مشكل في الاستصناع فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال وإذا كان محتملا للأمرين كان حمله على السلم أولى لأن جوازه بالإجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به

إعطاء المسمى أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه الا باتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته وكذا رب الأرض لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كشرط إعمال بره ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولهذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾

المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة أي متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الأصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعليم ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لأنه يقبل التعليم وإنما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وإن كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشره لا يقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية أبي يوسف بالمنع وقال أبو يوسف أكره بيعه لأنه لا منفعة له إنما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبنى على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لأنها تصطاد الفأر والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الأرض كالخنافس والعقارب والفأرة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا تبعا للتراب

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نشذت عن أبوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الأصل أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لأنه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أي الجارح (لا يجوز لأنه غير منتفع به) ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وأمر بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع

وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول ظاهره مخالف لما أسلفه في رأس الصحيفة السابقة من الفرق بين الاستصناع والمزارعة ثم أقول قال الاتقاني في تعليل الشبهة لأن الشافعي ينكر الاستصناع انتهى وأنت خبير بأن قول الشارح أقرب من قول الاتقاني

(وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب) السحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء لما قالوا فعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد (ولانه نجس العين) بدلالة نجاسة سؤره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لايجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجوازه البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا (ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أوماشية) وهي التي تحرس المواشي واعترض بأن الدليل أخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لاغير وأجيب بأن ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم وأما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل الاستدلال يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة

وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أوماشية

المخلوط بخلاف الدم يمتنع مطلقا (قوله وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد أولم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لاينبغي أن يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا أوأعداء الحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أوماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وجه قوله ماروى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت وأخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن أبي مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب (ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته) فلايجتمعان وعارضه المصنف بوجهين أحدهما (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أوماشية) وهو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقدروى أيضا عن جابر مرفوعا ولايصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى أبو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فيبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة أخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لايظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل ولانسخ بقياس فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لايترتب عليه مفسدة ويدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ماسواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب وليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول أيضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبدالله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى في كلب بأربعين درهما ولم يخصص نوعا من أنواع الكلاب وهذا الحديث أولا لايعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى

في

(قوله وترك التاء لما قال الخ) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحفة جديد) أقول ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل الملحفة باللحاف (قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما الخ) أقول ولوسلم فهذا حكاية حال فلاعموم له

ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولانسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع

فى كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم فى أنواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهر ثانيهما هو قوله (ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا) يعنى مالا مملوكا متقوما أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمى خلق لمنفعته المطلقة شرعا وهذا كذلك فكان مالا وأما انه مملوك متقوم فلانه محرز مأذون شرعا فى الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعا اذ قد أذن الشرع فى اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى أن هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غايته ما فى الباب أن يسلم أنه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الامر بقتل الكلاب كان أمرا محققا فى الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوى عن أبى بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال حدثنا شعبة عن أبى التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال مالى وللكلاب ثم رخص فى كلب الصيد وفى كلب آخر نسيه سعيد ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روى من التشديد فى سؤرها والنهى عن ثمنها او بيعها ثم الترخيص فى بيع النوع الذى أذن فى اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثانى على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به قال (ولو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ولهذا أجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التى هى فى ضمنه وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص فى منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سألت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رضى الله عنهما ان رجلا أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله حرم شربها فقال لا فقال فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال أمرته ببيعها فقال ان الذى حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها وأخرج البخارى عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه وأكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة

(ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) واعترض بوجهين أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالية عينه كالآدمى ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثانى أن شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال وأجيب عن الاول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا فى المنفعة ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثانى بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبتت الحرمة فى كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحم حالة المخمصة واذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت فى الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعى بالحديث المروى وتقريره ما روى عن ابراهيم أنه قال روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رخص فى ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهى انتسخ فانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك فى ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذى رواه هو الذى كان فى الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن فى الحقيقة لا يكون الا فى المبايعة (قوله ولانسلم نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه فى حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين عندنا على ما سيجىء

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول أى فى الجواب عن استدلال الشافعى بالحديث المروى (قوله والثمن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول له أن يقول اطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته وقرينة المجاز قوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت كما فى مهر البغى وفى حرم بيعها وأكل ثمنها ،

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير الخ) بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني أنه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في
البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال
حدثنا محمد بن قيس أن رجلا من ثقيف يكنى أبا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فأهدى اليه في
العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر ان الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بخمرك قال
فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا أبا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل
ثمنها قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الاصل لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان
بالحيوان نسيئة ولا يجوز
السلم بينهم في الحيوان
والدرهم بالدرهمين يدا بيد
ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة
ولا الذهب بالذهب الا مثلا
بمثل يدا بيد وكذا كل
ما يكال أو يوزن اذا كان
صنفا واحدا فهم في البيوع
بمنزلة أهل الاسلام واستدل
المصنف رحمه الله على ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم
في ذلك الحديث فأعلمهم أن
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون
يعني بالمعاملات بالاتفاق
محتاجون الى ما تبقى به
نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى
الانفس الا بالطعام والشراب
والكسوة والسكنى ولا
تحصل هذه الاشياء الا
بمباشرة الاسباب المشروعة
ومنها البيع فيكون مشروعا
في حقهم كما في حق المسلمين
الا الخمر والخنزير فان عقدهم
عليهما كالعقد على العصير
والشاة في كونهما أموالا
متقومة في اعتقادهم ونحن
أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني أنكم
تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم
قوله (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسمائة
والمشتري لا يرغب فيه الا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك خمسمائة من
الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن

قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها
ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال (وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام
في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين
قال (الا في الخمر والخنزير خاصة) فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير
كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر
ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن
لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين)

وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكالا على جواز بيع السرقين
اللهم الا أن يقال لا شك انه لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر لما تبين في الاصول ان التحريم المضاف الى
الاعيان تقدر اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من
الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيأ يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم
بيعه وأكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث
في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر أما هذا
الحديث فانما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل الذمة في البياعات
كالمسلمين) يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات
والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا أحكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم
بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم في
البيوع كالمسلمين (الا في الخمر والخنزير) فانا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر أخرجه
أبو يوسف في كتاب الخراج عن اسرائيل بن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر
عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر
فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا نجيز
فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعلمهم أن
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم
على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز) وهو جواب للكل سواء كان

(قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول وسيجيء هذا الحديث في كتاب الغصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا
الثمن منهم) أقول مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه

والفرق بينهما ماذكره بناء على الاصل المار (ان الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله لانه) أى الالحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى بتلك الزيادة شيأ بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها) فصار الفضل فى ذلك كبدل الخلع فى كونه لا يدخل فى ملك المرأة فى مقابلته شئ فجاز اشتراطه على الاجنبى كهو ولكن لابد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع بما سميا من المال والرشوة (٩ ٦ ٣) حرام لا تلزم بالضمان واعترض بأوجه الاول كيف يجب شئ من الثمن عليه ولم يدخل فى ملكه شئ من المعقود عليه الثانى لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشترى ويتحمل عنه الضامن ولم تتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الاجنبى والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر الصائب فى أصل هذه المسئلة يغنى عن هذه الاسئلة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزأ فجزأ فجاز أن يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة فى الثمن اذا كان المبيع يساوى الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشترى ثابتة بلا بدل ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الاجنبى كبدل الخلع واذا جاز ذلك بطل ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبى فلا يتوجه الطلب على المشترى وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن فان أصل الثمن لابد وأن يقابله شئ من المال فلا يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شئ فى مقابلته وقع فى الكتاب والخمسمائة بالالف واللام فى المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف فى امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر فى المضاف اليه على حذف مضاف أى الخمس خمسمائة

وأصله أن الزيادة فى الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزفر والشافعى لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيأ بأن زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف واباء أو ابتداء قال فى بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفى بعضها ما يفيد أنه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولذلة الامر لا تكون فى البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال بعنى هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقى نفسك فى التفويض فى الخلع فلا بد أن المشترى يقول بعد بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هنالك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسمائة فى الثمن الى بيعه والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه اياه ان باعه بألف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بألف فقط ثم فى الاول ان كان بأمر المشترى كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان البيع على المشترى صار بألف وخمسمائة وللمشترى ان يرابح على ألف وخمسمائة ولو كانت دارا ولها شفيع أخذها بألف وخمسمائة ولو رد بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الالف على المشترى والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على ألف ويأخذها الشفيع بألف ولو تقايلا أو ردت بعيب أو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الخمسمائة فان قيل ينبغى أن لا يصح هذا لان الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز فكذا على أن يكون بعضه عليه أجاب الكرخى بمنع كون الشراء على أن الثمن على الاجنبى لا يجوز اذ لا رواية فيه عن أصحابنا وتعقبه الرازى بأن محمدا نص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط فى البيع كون تسليم الثمن على المشترى فأولى أن لا يجوز اذا كان أصل الثمن على غير المشترى ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث أبى قتادة فى الذى امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذى عليه فالتزمه أبو قتادة رضى الله عنه فصلى عليه فقد التزم دينا لا فى مقابلة شئ يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبى كذلك اذ لم يحصل للاجنبى فى مقابلتها شئ ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبى ولا يجوز ذلك فالجواب هو ماذكره المصنف ان هذه الزيادة انما أشبهت ببدل الخلع حيث لم يكن فى مقابلته شئ يسلم للملتزم وبدل الخلع

(قوله بناء على الاصل المار) أقول فى فصل بعد باب المرابحة

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر (وهذا قبض) لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وان لم يطأها فليس بقبض) والقياس أن يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا

يجوز اشتراطه على الاجنبي وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما لا تكون في مقابلة شئ تكون في مقابلة شئ ووجودها في مقابلة شئ أكثر أحوال العقد فان أحواله ثلاثة كونه خاسرا أو رابحا وعدلا وكونه الافي مقابلة شئ في وجه من الثلاثة وهو كونه رابحا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصا اذا كان يبني عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعا فجاز أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشترى بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لأن المشترى لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطء الزوج قبض من المشترى خلافا للائمة الثلاثة أما الاول فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو ملكها الا على الكمال كما في ملك نصفها الا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز وحاصل هذا أنه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته وأما الثاني فلان وطء الزوج حصل بتسليط من المشترى فصار فعله كفعل المشترى ولو وطئها المشترى كان قابضا فكذلك الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشترى قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج تعييب منه للمبيع وكذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشترى اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسي من المشترى والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر له وكالاقرار منه عليها بدين والمشترى اذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقأ عينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى أن الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لان به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن

بالموت

قال (ومن اشترى جارية ولم [يقبضها حتى زوجها فوطئها] الزوج جاز النكاح (لوجود سبب الولاية) للنكاح (وهو الملك في الرقبة على الكمال) وما ثمة مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطء لما كان بتسليط من جهة المشترى كان فعله كفعله (وان لم يطأها) الزوج (فليس) أي مجرد التزويج (قبضا) استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشترى ذات زوج كان له أن يردها والمشترى اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان أن في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضا

(قوله وهذا التزويج) أقول الظاهر ان الاشارة الى الوطء

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع فى دين البائع) لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشترى (وان لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) لان ملك المشترى ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذى أقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو أيضا

بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض ونقد الثمن (فأقام البائع البينة أنه باعه اياه) ولم يقبض الثمن (فان كانت غيبة) المشترى غيبة (معروفة لم يبعه) القاضى (فى دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع) فيكون ابطالا لحق المشترى فى العين المبيعة من غير ضرورة (وان لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مفعولا ثانيا البيع (١) وقوله وان لم يدر اين هو بين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو وقول المصنف فى تعليل بيع القاضى (لان ملك المشترى ظهر باقراره) يعنى باقرار البائع (فيظهر على الوجه الذى أقر به) وهو كونه (مشغولا بحقه) يبين أن البيع من القاضى ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هى الا لكشف الحال ليجيبه القاضى الى البيع نظرا للغائب لا ليثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك (واذا تعذر استيفاؤه) والفرض أنه أحق بمالية هذا العبد لانه كالرهن فى يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشترى مفلسا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضى على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه) أى البائع (لم يبق متعلقا به) بل هو دين فى ذمة المشترى والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضى من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسى رحمه الله وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكمى فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفى الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشترى وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضى ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضى أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا

قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشترى الخ) رجل اشترى منقولا فغاب المشترى قبل قبض المبيع ولم ينقد الثمن وطلب البائع من القاضى بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا أقامها فلا يخلو اما أن تكون الغيبة معروفة أو لا فان كان الاول لم يبعه فى الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفى البيع ابطال حق المشترى وان كان الثانى باع العبد وأدى الثمن لان ملك المشترى ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذى أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد فى يده والقول قول الانسان فيما فى يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا أقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضى الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضى فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن أحق بالمرهون يباع فى دينه ان تعذر الاستيفاء والمشترى اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع فى ثمنه بخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين فى ذمة المشترى فتكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث من أوجه الاول أن اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول الثانى أن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف فى المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث أن ذلك يفضى الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفى ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول أن اقامة البينة كما ذكرنا لنفى التهمة لا للقضاء وانما القاضى يقضى بموجب اقرار المقر بما فى يده وفى ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثانى من وجهين أحدهما ما قول بعض المشايخ ان القاضى ينصب من يقبض العبد للمشترى ثم يبيع لان بيع القاضى كبيع المشترى فلا يجوز قبل القبض ورد بأن المشترى ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره والثانى أن البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز أن يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما فى يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشترى فاما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم (ثم اذا باعه فان فضل شئ يمسك للمشترى لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو) أى يتبع البائع المشترى

(قوله والثانى ان البيع ههنا غير مقصود الخ) أقول فيه تأمل (١) قول الفتح مفعولا ثانيا البيع صوابه لأوفى كما هو ظاهر كتبه مصححه

فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لايملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقده أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر أن يرجع عليه بما نقده لاجله وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفى مانقده عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لايجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لايجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لايقبض الانصيبه مهايأة لاغير فاذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقد لاجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع فى ذلك (وهو أجنبى عن نصيب صاحبه) فليس له القبض (ولهما أنه مضطر فيه لانه لايمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس مابقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن) فان من أعار شيأ رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما أدى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره فى القضاء وهذا مما لاينكر فان للضرورات أحكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لايقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب أن الاضطرار فى حالة حضوره مفقود لامكان أن يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المبيع ما اذا استأجرا دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر فى نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشى (واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجىء ان شاء الله تعالى

قال (فان كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الانصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبى عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما أنه مضطر فيه لانه لايمكنه الانتفاع بنصيبه الا بأداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس مابقى شئ منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه الى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه

على الغائب لينزع شيأ من يده لايقبلها والاجماع فى مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما فى يده لان البائع يستوفى حقه مما فى يده وأورد عليه أنه يستلزم بيع المنقول قبل القبض أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضى من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لايحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشترى واحدا فغاب فلو كان المشترى اثنين فغاب أحدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لايملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقده اختلفوا فى مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبى يوسف لا وعند أبى حنيفة ومحمد يجبر والثانى لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبى يوسف لا بل لايقبض الانصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبى يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه أبى يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه أجنبى عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أى فى دفع حصة الغائب لانه لايمكنه الانتفاع بملكه الا بأداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وصار كصاحب العلو اذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل اذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ما صرفه غير أن فى مسئلة السفل لايفترق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا وفى مسئلتنا لايثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لايكون مضطرا فى ايفاء الكل اذ يمكنه أن يخاصمه الى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه فى أن يبنى السفل لايقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كغيبته (وله) أى للحاضر ومثل صورة حضورهما فى عدم الاضطرار ما لو استأجر رجلان دارا فغاب أحدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر فى نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشى واذا ثبت حق الحبس فى مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى أن يستوفى الكل ولو بقى درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يحبس

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود فى كل واحد منهما قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه) لان حقه فى الوصف مرعى كهو فى الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ماقلنا

المبيع عن الموكل الى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية الخ) صورتها أن يقول اشتريت هذه الجارية بألف دينار ذهب وفضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ ولفظ الجامع فى رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف مالو قال بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف من هذه العبارة أن البيع ينعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا أراد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى أنه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه أن اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة أيضا مضافا اليها المثقال وينفى وهم أن يفسد لجهالة الفضة لان المثقال غالب فى الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة ألا ترى أنه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فانهما مضافان ذكره فى كشف الغوامض وفى المبسوط لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لانه المتعارف فى الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال ألف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف فى وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما يصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف الى الوزن المعهود فى كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف فى بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم وأما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن الى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا أن يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان مادونه نقل أو خف يسمونه نصف فضة وكذا هذا الانقسام فى كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو بيعا أو شراء أو مهرا أو وصية أو كفالة أو جعلا فى خلع ومنه مالو قال على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس (قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو) أى رب الدين (لا يعلم) أنها زيوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلكت ثم علم ليس له أن يرجع بشئ وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد) وذكر فخر الاسلام وغيره أن قولهما قياس وقول أبى يوسف هو الاستحسان له أن حقه فى الجودة مرعى كحقه فى المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده (لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ماقلنا)

قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بألف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لانه أضاف المثقال اليهما على السواء) لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس أولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوى قيل وكان الواجب ان يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر ولا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها فى الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوما من أول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما فى الاول للعطف الا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف فى وزن الدراهم ولقائل أن يقول النظر الى المتعارف يقتضى أن ينصرف الى ما هو المتعارف فى البلد الذى وقع فيه العقد قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جياد (فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه فى الوصف مرعى) من حيث الجودة كما أن حقه مرعى فى الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص فى كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ماقلنا

ولابي حنيفة ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ هو الاصل والفرض أنه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين أحدهما ان ايجاب

ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا اذا باض فيها (وكذا اذا تكنس فيها ظبي) لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه وكذا البيض لانه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف

من ضمان الاصل ليصل الى الوصف (ولهما أنه) أي الزيوف (من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها) بعد هلاك الدراهم (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها (ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه) يعني هو ايجاب للقابض على نفسه (ولا نظير له) في الشرع الا أن أبا يوسف يفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من ايجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة فهلكت أليس يرد مثلها فان قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف الا ان علم فرضي باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يضمنه شيأ قلنا يجوز ذلك اذا أفاد كالمولى اذا أتلف بعض أكساب عبده المأذون وقد أفاد ههنا تدارك حقه فصار كشراء الانسان مال نفسه الا اذا أفاد ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد به بل الضمان في المأذون للغرماء وهنا المقبوض كله ملك من له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له وفي النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف أخذها الشفيع بالجياد لانه انما يأخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان رأس المال الجياد وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث والله الموفق (قوله ولو أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي) أي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض (لانه) أي لان كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لانها (مباح سبقت يده) أي يد الآخذ اليه (ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عندنا الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لانه المقصود بقوله تعالى تناله أيديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم كذا ذكر وقوله (وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) جملة حالية هي قيد لقوله فهو لمن أخذه أي انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فان كان أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الارض يصير بذلك قابضا حكما كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها

الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمة انما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الاصل تابعا له قال (واذا أفرخ طير في أرض رجل الخ) اذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه وكذا اذا باض فيها أو تكنس فيها ظبي) وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي (لانه مباح سبقت يده اليه) فيملكه (ولانه حينئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس التستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد) صيد لانه أصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) (قوله وصاحب الارض لم يعد أرضه لذلك) اشارة الى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للآخذ

(قوله وعن الثاني ان الوصف تابع الخ) أقول هذا يرجع الى تغيير الدليل والله أعلم

وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم فى ثيابه مالم يكفه أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل فى أرضه لانه عد من أنزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع فى أرضه بجريان الماء والله أعلم

﴿كتاب الصرف﴾

صيد فهو وان أخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الآن للاخذ وكما اذا دخل الصيد داره ولم يعلم به ولم يغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع فى ثيابه النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه مالم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان أى للآخذ فى زمان عدم كف الثوب وقوله أو كان مستعدا له أى للنثار بأن بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه أو كان مستعدا فهو له أما اذا عسل النحل فى أرضه فهو لصاحب الارض لانه عد من أنزاله أى من زيادات الارض أى ما نبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر النابت فيها أو كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة (١) وذكر ضمير لانه وهو عائد على الارض وهى مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع فى شعر العرب قال

فلا مزنة ودقت ودقها * ولا أرض ابقل إبقالها

ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ فى أرضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فمن أخذ السمك فهو له وكذا فى حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد فى أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الارض فان كان فى موضع يقدر صاحب الارض على أخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كأنه أخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا عملك

﴿كتاب الصرف﴾

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا وأيضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن فى الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية أعنى المبيعات ومفهومه لغة وشرعا يذكره المصنف وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف الجنس ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذى يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك فى المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفى الصرف خيار عيب أو رؤية جاز الا أنه لا يتصور فى النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاوانى والحلى ولو أسقطا فى المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد وانما هو حكمه والجواب أن المختار انه ليس إلا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول البعض القائلين انه شرط الجواز وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفى أيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى أنه ينبغى أن يستغنى عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر وأما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول

(وكذا اذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم فى ثيابه مالم يكفه) أى يضمه الى نفسه (أو كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل فى أرضه) فان العسل لصاحبها (لانه عد من أنزاله) أى من انزال الارض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع بجريان الماء) بخلاف الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الصرف﴾

(١) قول الفتح وذكر ضمير لانه الخ هكذا فى الاصل ولعل فى العبارة تحريفا والصواب وذكر ضمير أنزاله وهو عائد الخ كتبه مصححه

الصرف بيع خاص وهو الذى يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم مايدل على تأخيره عن السلم فى أول السلم وسمى
هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لايطلب به الا الزيادة
يعنى لايطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة اذ النقود لاينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم
والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة فى يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا وقد
دل على مشروعيته قوله تعالى وأحل الله البيع الآية وقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لغة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير أبيه لايقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمى به لكونه أداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لايكون فيه خيار ولا تأجيل وأقسامه ثلاثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع أحدهما بالآخر

قال (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) سمى به للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة أو لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

القدورى (الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان) وانما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمى اصطلاحا به لان مفهومه اللغوى هو النقل ومنه فى دعاء الاستخارة فاصرفه عنى واصرفنى عنه ونقل كل من البدلين عن مالكه الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان فى المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه اللغوى الزيادة وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر فى الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والجار والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا لخلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا فى قوله صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التى هى الزيادة والعدل الفرض الذى هو حق مستحق عليه ولا شك فى مناسبة تسمية الفرض عدلا فقيل عليه قد فسر الزمخشرى بغير هذا قال فى الفائق فى ذكره صلى الله عليه وسلم لامر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفداء يعادل نفسه والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب أن أهل اللغة اختلفوا فى ذلك فقد ذكر فى الجمهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفى الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف ولا اعتراض مع أنه الانسب * واعلم أن الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهى الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لا وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن وان لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء فى قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة فى البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره فى نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو فى الاصل سلعة فان كانت رائجة فهى ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهى سلعة كالفلوس

كتاب الصرف

(قوله وقد تقدم مايدل على تأخيره عن السلم) أقول الذى يهمه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى لكن ذلك يعلم منه أيضا فاكتفى به (قوله ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول الاظهر أن يقول فلا يصدر من العاقل (قوله قد دل على مشروعيته قوله وأحل الله البيع الخ) أقول البيوع الفاسدة والبيع وقت النداء بيع وليس بمشروع فان قيل ماذكره مشروع بأصله قلنا فليكن ما نحن فيه كذلك أيضا وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول والشرط الاول لا يغنى عن الثالث اذ المراد عد شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا فاذا كان فيه تأجيل ثم أسقط ووقع التقابض يزول الفساد فتأمل

قال (فان باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا الحديث وقال عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق)

(قوله فان باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل) يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط (وان اختلفا في الجودة والصياغة) فيدخل الاناء بالاناء فلو باعاهما مجازفة ولم يعلما كميتهما وكانا في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في المجلس فظهرا متساويين يجوز وعند أبي حنيفة لا يجوز ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول الشرط التساوي وقد ثبت واشتراط العلم بزيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا أن لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا أيضا لكن جاز في الاستحسان عند اتحاد المجلس كأن العقد أنشئ الآن لان ساعاته كساعة واحدة وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسما مكيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث) وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل المقدر أي بيعوا والاولى حيث كان الذهب مرفوعا في الحديث أن يجعل عامله متعلق المجرور أي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ظاهر في أنه مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتضح في معنى النقص والاقلال ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل فان المثلية أعم ففسرها بأنها من حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديئها سواء أيضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء كسروي قد أحكمت صياغته فبعثني به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا فهذا يدخل في اطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة أو ذهب باناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناءين من غيرهما نحاس أو شبهه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وان تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) باجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا أن المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله فاذا افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا

قال (فان باع فضة بفضة الخ) فان باع رجل فضة بفضة أو ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة في القدر لا في الصفة لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا حدث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف في الاصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء كسروي قد أحكمت صياغته فبعثني به لابيعه فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو

(ماروينا من قوله يدا بيد وقول عمر رضى الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو (انه لابد من قبض أحدهما اخراجا للعقد عن الكالئ بالكالئ وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربا) (قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لابد (قوله ولان أحدهما) دليل آخر وتقريره ان أحد العوضين ليس أولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق في ذلك بينما كانا يتعينان كالمصوغ أولا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ماروينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولانه ان كان يتعين الخ) جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالئ بكالئ وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنهما

لماروينا ولقول عمر رضى الله عنه وان استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لابد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولان أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أولا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ماروينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله عنه

عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسد على القول الاصح وقوله (لماروينا) يعني قوله يدا بيد وكذا ماروينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وان استنظرك الى آخره رواه مالك في الموطا عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هات وهات انى أخشى عليكم الربا وفي رواية قال الرما بالميم وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكره المصنف وحله أن للتقدم مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعلا معا نسيئة قال لابد شرعا من قبض أحد العوضين كى لا يلزم الكالئ بالكالئ أى الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في معنى الثمنية فاذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما ما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لاطلاق ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على مامر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لانهما لو مشيا كل في جهة

قال المصنف (تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا) أقول سيجىء بيان لزوم الربا من الشيخ أكمل الدين في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فراجعه (قوله قيل هو منصوب الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني والاظهر ان يكون معطوفا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى (قوله فان قيل الى قوله بالمصوغ نسيئة الخ) أقول المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا التأجيل كما لا يخفى على المتأمل في السياق (قوله فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة) أقول أى بلا قبض (قوله كان بالنظر الى كونه الخ) أقول فاذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة وتمام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة الى ماسبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في عدم اشتراط القبض في سائر الاموال الربوية فراجعه (قوله أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة الخ) أقول أى بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول اذ معناه عينا بعين على ماسلف في باب الربا والتعين في المضروب لا يتحقق الا بالقبض كما بين فثبت اشتراط القبض فيه بالنص بخلاف المصوغ فان تعينه لا يتوقف على القبض اذ هو مبيع متعين في نفسه الا أن فيه شبهة عدم التعين بالنظر الى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليتأمل

وان وثب من سطح فثب معه) وقصته ماروى عن أبي جبلة قال سألت عبدالله بن عمر رضي الله عنه ما فقلت انا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل عنه لا بأس أن يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار المخيرة) يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشي المخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه (قوله فان افترقا في الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء

وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض فيه (وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم المجانسة (ووجب التقابض) لقوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء (فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض

جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر مانعا الا اذا لم يثب معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط فقال وعن أبي جبلة قال سألت عبدالله بن عمر فقلت إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب عن سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتي اذا أجاب لا بأس أن يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال (وكذا المعتبر في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار المخيرة) فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كانت فيه لان المعتبر في الابطال هنالك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغمي عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم (قوله وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر

(قوله يرجع الى قوله لم يبطل الصرف) أقول بل يرجع الى قوله المراد منه الافتراق بالابدان فتأمل تدبر ثم قوله بالابدان على معنى دون المكان (قوله بخلاف قول من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه الخ) أقول فيه بحث وجوابه ظاهر (قوله وما أجيب به بأن شرط الجواز) أقول قوله وما أجيب مبتدأ وخبره يجيء بعد أسطر وهو قوله فعلى ما ترى فيه من التمحل (قوله فعلقنا الجواز) أقول في التقرير يعني تأمل بالجواز أن يشترط التقبض بالتراضي قبل العقد وأما لو قال لما فيه من ايجاب اثبات اليد على مال الغير مع خلاف قوله من غير تراض لاندفع ذلك

(ولهذا) أي ولان الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل) بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أني بالخيار ثلاثة أيام أو قال الى شهر (لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنعه الملك (وبالاجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العبارتين أن في الخيار تأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكرنا في الشئ مفوت له كذا قيل وكأنه راجع الى أن في الاول (٣٧٣) استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت (قوله الا اذا أسقط في المجلس)

ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان بأحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا أسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رحمه الله قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد) لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها

يعني منهما ان كان الخيار لهما أو لمن له ذلك (فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره) استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس وان أسقط الاجل فكذلك وان أسقط أحدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف ان صاحب الاجل اذا أسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا أن خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين فانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد

ربا الاهاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا أي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا تضمن الزيادة من الاموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله (الا اذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان أي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا أسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقد مما نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بأن في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو ستوقا فحكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل أن لا يجوز التصرف في أحد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد وفرع عليه (ما لو باع دينارا بعشرة) مثلا (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض) في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض بدله من عاقده معه وأورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لا انه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع أحدهما فافضلا وقد

حقا لله تعالى اذ الربا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال نقل عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة

(قوله وكأنه راجع الى أن في الأول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول قوله استحقاق القبض فائت أي لعدم الملك وقوله القبض المستحق أي لكونه مالكا وقوله شرعا فائت أي للتأجيل (قوله حقا لله تعالى) أقول اذ القبض واجب بالسنة (قوله اذ الربا حرام) أقول يعني النسيئة

ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان البيع لابد له منه ولا شئ سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى المسلم فيه قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض فى المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا

نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لان الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين فاضافة العقد الى بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا على احدى الروايتين عنه أن النقود لا تتعين فى البياعات فأما على الرواية الاخرى عنه فيجب أن لا يصح بيع الثوب كقولنا قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط ايفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ما ذكروا فى عدم تعين النقد فى البيع من انه لو أشار الى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ما ذكروا فى عدم تعين الدراهم فى البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا يتعين لا جرم أن المصنف انما أجاب بأن الثمن فى باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعنى واذا لم يجز لم يدخل فى ملك بائع الثوب وأنت تعلم أن زفر انما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ولا شك أنه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف فى ثمنه كان بالضرورة قائلا بأن البيع انعقد موجبا دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا الثمن الثوب سواء سميته مبيعا أو ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هنا كذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن يملكه البائع ولما لم يمكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدورى عنه أعنى أن البيع الثانى جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذى فى ذمة المشترى قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظير النهاية بغاصب الدراهم اذا اشترى وأشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قررنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة (والمساواة غير مشروطة فيه) أى فى بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك (لكن يشترط فيه القبض فى المجلس لما ذكرنا) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء

ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا فى المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه لضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لانسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء أولى بالثمنية وأجيب بأن ذلك فى الاثمان الحقيقية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا فى الذمة لا فى الاثمان الخلقية قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا فى ملكهما فاستقرضا فى المجلس وافترقا عن قبض صح وأجيب بأن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) اذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء وهو والمعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين فى الوزن فى الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم فى هذا الباب كالمتحقق والنبى صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة فى علم الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما أراد المماثلة فى علم العاقدين ولم توجد وان لم توجد فان كانا وزنا فى المجلس وعلما فى المجلس تساويهما كان القياس أن لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة

قال المصنف (ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع) أقول ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يعتبر فى كونه مبيعا فيما اذا جعل فى مقابلة الثوب كما لا يخفى ويؤيد ذلك ما سيجئ فى بيع الدراهم الغالبة الغش بمثلها متفاضلا حيث شرط القبض فى المجلس (قوله اذا كانت دينا) أقول وقابلها مبيع

وقال زفر رحمه الله اذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء كان فى المجلس أو بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها فى الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو فى علمهما قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة الخ) الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا فيما يقابلها من الثمن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفى مثقال ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق فى المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلاتية وسهوا أيضا ثم أتى بسجدتى السهو وسلم تصرف احدى سجدتى السهو الى الصلاتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا أن الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من أحدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو لا وتفرقا على ذلك انتقض بطل البيع فى الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيأ حتى افترقا

قال (ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة) لان قبض حصة الطوق واجب فى المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب (وكذا لو اشتراها بألفى مثقال ألف نسيئة وألف نقدا فالنقد ثمن الطوق) لان الاجل باطل فى الصرف جائز فى بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما (وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله (فان لم يتقابضا حتى افترقا

لكن العادة فى مثله أن يقول لما رويناثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه (قوله ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفى عنقها طوق فيه ألف مثقال بألفى مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا) صرف المنقود الى الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذه منهما صرف أيضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل فى الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت ففى قوله خذه منهما عارضه أيضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد استعمل فى الواحد أيضا (قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من أحدهما) وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس ألم يأتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس فى مذهب أهل الحق وقال تعالى نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى (وقال صلى الله عليه وسلم فى) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فأذنا وأقيما وانما أراد أن يؤذن أحدهما) وقال تعالى قد أجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا أنه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الاجل فى العقد شاع الفساد فى الجارية أيضا على قول أبى حنيفة رحمه الله لان الفساد فى ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافراط فى تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصرى ووضع هذا المقدار فى العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل أنه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم يتقابضا فى الصورتين حتى افترقا

(قوله اذا عرف التساوى بالوزن الخ) أقول فيه بحث فانه اذا لم يوزن أصلا فالعقد محكوم فيه بالجواز كما صرح به الشارح وغيره فى مسئلة السيف والحلية فلا وجه لتعليق الجواز بمعرفة الوزن فليتأمل فى جوابه (قوله وان قال عن ثمن السيف الى قوله لان الترجيح الخ) أقول فيه بحث

بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها وأما فى السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز فى السيف وبطل فى الحلية لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة) يعنى الثمن (أزيد مما فيه) أى المبيع تتميم للكلام لان فرض المسئلة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه تمم الكلام ليبان الاقسام الاخر وهى أربعة الاول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التى مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد يقابل الغير فلا يفضى الى الربا والثانى أن يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز لانه ربا لان الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح والرابع أن لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فان لم يعلم به حكم بجوازه والجواب أن ما لا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا وان يكون أقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعددت جهة الفساد فترجحت واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح وأجاب شمس الائمة الكردرى رحمه الله بأن مراده أنه اذا كان أحدهما يكفى للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقى اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا الخ) ومن باع اناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا فى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد فى بعض دون بعض فصح أى بقى صحيحا فى بعض وبطل فى آخر وهذا بناء على أن القبض فى المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال (ولو استحق بعض الاناء الخ) أى ولو استحق بعض الاناء فى هذه المسئلة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة فى الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض

بطل العقد فى الحلية) لانه صرف فيها (وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر) لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى السقف (وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع فى السيف وبطل فى الحلية) لانه أمكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فان كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال (ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما) لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال (ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده) لان الشركة عيب فى الاناء

بطل فى حصة الطوق والحلية لانه صرف فيها ويصح فى الجارية وأما السيف فان كانت الحلية لم تتخلص منه الا بضرر فيه فسد فى السيف أيضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فيه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر فى جذع من سقف فان كان يتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه أمكن افراده بالبيع وبطل فى الحلية خاصة ثم الجواب فى المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن أكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله أو أقل أو لا يدرى واختلف المقومون فى ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما اذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فان قيل فى صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد متعددة فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف فى الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج الى الجواب بأن المعنى ان احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف اذا اجتمعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع اناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض و) لا يشيع (الفساد) فى الكل لانه (طارئ) بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فى الكل (فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته وان شاء رده (لان الشركة عيب) ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة

قال (وان باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لايجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة والاصل أن الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان فى صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا أى سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لايجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البائع بألف وخمسمائة لايجوز فى المشترى بألف وان أمكن تصحيحه لصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك أحدهما لايجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع فى الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما لايجوز ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لايجوز

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له) لانه لا يضره التبعيض قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة ولهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لايجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لايجوز فى المشترى بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لايجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا

نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقى بحصتها (ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لامكان أن يقطع حصته منها (قوله ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز) البيع (وجعل كل واحد) من الجنسين (بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعى رحمهما الله لايجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكرى شعير وكرى حنطة) أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يدرى مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لهما ان فى الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أى تصرف العاقد (لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس ذلك الجزء وخلاف جنسه واجزاء جنسه أكثر اذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة أخرى وأخرى ولانه حينئذ ينتفى الانقسام بادنى تأمل والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد فى الثوب والفرس جميعا ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع فى الثوب والفرس جميعا وتغيير تصرفهما لايجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على أن من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لايجوز وان أمكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لايجوز ويفسد فى المشترى بألف وان أمكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لايجوز وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد فى الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام اجماعية كلها دالة على أن تغيير التصرف

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول لا يطابق المشروح (قوله لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الخ) أقول ذلك فى الثالث غير ظاهر اذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتأمل

ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغي أن يكون مرادا أما أنه جائز الارادة فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكر بها فسد لأن الكر قابل الكر وفضل الآخر وأما وجوب أن يكون مرادا فلأنه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك بامكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لأنا ما أردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على أي وجه كان على أن فيما ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله والأول مسلم ولا نسلم أنه مانع عن الجواز والثاني ممنوع

لأن موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها أما الأولى أعني مسئلة المرابحة فبقوله لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير في الأصل أو غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الأول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز أن يقال ان ذلك في المساومة أما اذا صرح بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في أصل العقد لا في وصفه وأما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف للمشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما الثالثة فلأنه أضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده وأما في الأخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح

ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا للتصرف وفيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل أما مسئلة المرابحة فلأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف الى المشترى وفي الثالثة أضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الأخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز وللخصم أن يقول تعبدنا بتحقق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الأول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضي الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الأصحاب اقتحموه بناء على أصل اجماعي وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز وتترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كأنهم نظروا الى أن المقابلة على وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لأن اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمله مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر الى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا أصله لأنه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين أما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لأنه يتغير أصل العقد اذ يصير تولية في القلب ولمعترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق

(قوله فلأن كل مطلق يحتمل المقيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن) أقول لعل مراده هو المنع اللغوي فلا يرد أنه يؤول الى مقابلة المنع بالمنع

والجارية أن يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما يعني الثوب
كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لا يضر
اذ يصدق أن العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهو
ما اذا باع عبد اشتراه بألف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين أن
يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه لانه
كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسمائة بدرهم أو درهمين أو غير ذلك الى العبد الآخر فيصير
بائعا المشترى ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه ونقض بأن طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما
قلتم بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة
الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم أجيب بأن التغيير ما أمكن تقليله متعين وتصحيح التصرف مع قلة
التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات وأيضا فان الذى
ادعيناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما
ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار فى
فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا رجع قول صاحب الكافى
فى الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لانه حينئذ يلزم الترجيح
بلا مرجح فتمانع الوجوه فيمتنع أما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم
والدرهمين فلا يغير عنه ونحن أسلفنا النافى أصل هذا الاصل نظرا استندالى جواز ثبوت الشئ بعلل
مستقلة اجتمعت دفعة وأما فى المسئلة الثالثة وهى ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما
فلان البيع أضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل الشئ على
ضده فليس بشئ لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله
فيجب حمله عليه وقد قال أبو حنيفة فى قوله عبدى أو حمارى حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر
للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب فى محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم أن ما أورد على
دفع النقوض المذكورة ان كان له جواب فذاك والا فلا يضرك النقض فى اثبات المطلوب اذ غايته
أنه خطأ فى محل آخر اذا اعترف بخطئه فى محل النقض وذلك لا يوجب خطأه فى محل النزاع وأما فى
المسئلة الاخيرة وهى ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد
انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس
فى الفساد الطارئ فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد
صحيحا والمقتضى واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هنالك ليس طروه متحققا ولا مظنونا
ليجب اعتبار الصرف من أول الامر بل يتوهم لان الظاهر أنهما يتقابضان بعد ما عقدا قبل الافتراق
فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار وأما المسئلة المستشهد بها أولا وهى الرجوع فى ثمن الثوب والفرس فانما
تشهد على أن المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح
العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت فى المسئلة المفروضة ألا ترى الى ما فى
الايضاح قال الاصل فى هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة أحد البدلين
على الآخر وتظهر الفائدة فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب
فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت
فالقسمة على القيمة وأما فيما فيه الربا فانما تجب القسمة على الوجه الذى يصح به العقد مثاله باع
عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفى هذه أحدهما وهى صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال (ولو تبايعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيأ معه بخمسة عشر درهما فاما أن يكون مما له قيمة أولا والاول اما أن تبلغ قيمته الفضة أولا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوى خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة فى أخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضى الى أن يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيها الكراهة أجيب بأنه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هى للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق فى المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام لانه اما أن يكون سابقا أو مقارنا أو لاحقا فان كان سابقا وقد أضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة الذى عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لان شرط البيع فى الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى فيهما (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شئ آخر تبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز)

لو قابل جنسين بجنسين كما فى مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة المسئلة التى تلى هذه وهى (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع) وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع فى الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما ثم فرع المصنف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وان كانت جائزة فى الحكم فهى مكروهة فقال (ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب) يعنى وأحدهما أقل من الآخر الا أن مع الاقل شئ آخر كفلوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة فى البدل الآخر أو أقل بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كأن يضع معه كفا من زبيب أو فلسين وقيل لمحمد كيف تجده فى قلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن أبى حنيفة بل صرح فى الايضاح أنه لا بأس به عند أبى حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر فى المحيط أيضا وقيل انما كرهه لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فانه مكروه لهذا وأورد لو كان مكروها كان البيع فى مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهى المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهة هنالك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة ولا يخفى أن العقد واحد وكما أن قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذى يقتضيه النظر أن يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة فى جهة الكراهة وغاية الامر أنه لم ينص هنالك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده وينبغى أن يكون قول أبى حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف وأما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال ﴿فرع﴾ اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر فى التراب شئ فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لا شئ فى التراب لا يجوز وكل ما جاز فمشترى التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره (قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار) فان كان أضاف الى العشرة الدين جاز

(قوله وهو لا يتحقق فى المسئلة المتقدمة) أقول فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول ان اعتبر ما أضيف اليه العقد فالاقسام اثنان سابق ومقارن وان اعتبر ما وقع به المقاصة فكذلك سابق ولاحق فلا وجه لجعله ثلاثة

لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية مافى الباب ان هذا عقد صرف وفى الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لان بقبض أحد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين فى معنى التأدى فيلزم الربا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما هو فى دين يقع الخطر فى عاقبته وان كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يضف الى العشرة التى عليه ودفع الدينار فاما أن يتقابضا أو لا فان كان الثانى لم تقع المقاصة مالم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا أقدما على المقاصة بتراضيهما الابدلهما من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذى كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وفيه بحث من أوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا أضيف العقد الى الدين السابق الثانى ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانه يقتضى (٣/٨٠) قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان لاقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما أشار اليه المصنف رحمه الله بقوله (وفى الاضافة الى الدين) يعنى المعهود (تقع المقاصة بنفس العقد على مابيناه) وعن الثانى بأن المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لانهما لما أبطلا عقد الصرف صار كأنهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بأن الاقالة ضمنية تثبت فى ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم فى المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو ماروى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أكرى ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير أو قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين الاول أو الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر الكتاب

ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفى الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على مابيناه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء

اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعينه بالقبض لان تعين أحد البدلين فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوى وقد اندفع الدين بالدين فى هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذى يتحقق منه التعيين فى البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر رحمه الله فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهى مسئلة

(قوله ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك الخ) أقول أشار بقوله ذلك الى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول فانه اذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينارا فى ذمة المشترى مقارنا للعقد فان الفرض انه لم ينقد بل تقاصا (قوله مالم يتقاصا) أقول هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد) أقول الاولى أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام هاء وهاء فان لفظ الحديث الدال على وجوب قبض العوضين فى المجلس فى بيع الذهب بالفضة وعكسه على مارواه المصنف هذا الا أن يكون من قبيل النقل بالمعنى (قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول فيه بحث أذ هذا ليس بتغيير وصف قال المصنف (وفى الاضافة الى الدين تقع المقاصة) أقول فان اختلج فى بالك شئ فى صحة المقاصة فى هذه الصورة فاعلم أن فى الاضافة الى الدين لا يتعين الدين ولهذا اذا تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد كما يجئ فى كتاب الوكالة فكان الاطلاق والتقييد سواء فليتأمل قال المصنف (على مابيناه) أقول قال الاتقانى اشارة الى قوله فيكفى ذلك للجواز انتهى وفيه بحث (قوله فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة الخ) أقول الاطلاق وترك التفصيل فى موضع يحتاج اليه يكفى لصحة الاستدلال

وان كان لاحقا بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف في أصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها شمس الائمة وقاضيخان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع (٣٨١) كما ترى الا اذا أضيف أن القياس

وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكفي ذلك للجواز قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال (واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا) لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردى منه

الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة وشمن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صارت كذلك غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان أحدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها والا لم يكن قضاؤها أصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقريره أنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في أعتق عبدك عني بألف أنه يقع عن الامر اذا أعتقه المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه (وهذا اذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فان كان لاحقا) قبل الافتراق والمسئلة بحالها بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع مشترى الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح والاصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمي غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال) لا للزيافة بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وثمن وأقل وبيت المال لا يأخذ الا الغالي وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله واذا كان الغالب الخ) الدراهم والدنانير اما أن يكون الغالب عليها الذهب والفضة والغش أقل أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما في الردى منه)

يقتضي أن لا تقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا أضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا أضيف الى الدين السابق تجانسا واذا أضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا أوضح قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمي غلة الخ) الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين

صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع أما الاول فلصدوره عن أهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلأن المانع ان تصور ههنا في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس قال (وان كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الخ) الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة فالاول كما في الردى والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا في الوزن

(قوله ويقوى هذا الوجه) أقول أي وجه الاصح

(وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير) فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالبيع فاسد وان كانت أكثر صح وهي الوجوه المذكور في حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس (٣٨٣) الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر) (قوله ولكنه صرف) جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبقى التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا (واشتراط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر) وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ماوراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعني التفاضل (في العدالى والغطارفة) أي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه) أي لو أفتي باباحته (تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس) ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد (فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فهما فيها بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين) فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما و يجب عليه مثله (وان

فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردىء سواء (وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير) اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف (وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس) فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالى والغطارفة لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيهما نص ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين

الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الحاقا له بها واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب والفضة الا متساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها الا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين (وان كان الغالب فيهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) وهي انه ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدري لا يصح في الفضة ولا في النحاس أيضا اذا كان لا تتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس) أي بصرف كل من الدراهم الى غش الدراهم الاخرى (لانها في حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) قبل الافتراق وتجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل دراهم غالبة الغش بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف وانما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله (و) مع هذا (مشايخنا) يعني مشايخ ماوراء النهر من بخارى وسمرقند (لم يفتوا بجواز ذلك) أي بيعها بجنسها متفاضلا (في العدالى والغطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من الفضة (لانها أعز الاموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا) الصريح فان الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الاموال النفيسة فيتدرجون الى ذلك في النقود الخالصة فمنع ذلك حسما لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد (ثم ان كانت) هذه الدراهم التي غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبيع بها والاستقراض انها بالعد) ليس غير (وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص) على ما عرف في الربا (ومادامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد

(قوله وهذا يشير الى أن الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز) أقول تحقيقه في النهاية ثم أقول وجه الاشارة لا يخلو عن خفاء ثم قوله الى أن الاستهلاك أي استهلاك المغلوب من الفضة والصفر

(واذا كانت لاتروج فهى سلعة تتعين بالتعيين) كالرصاص والستوقة و يبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وان لم يعلما أولم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد الذى عليها معاملات الناس دون المشار اليه (وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند أبى يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها) والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه فى كل البلاد أو فى البلد الذى وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج فى جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن وأما اذا كان لا يروج فى هذه البلدة ويروج فى غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر فى العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغى أن يكتفى بالكساد فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه فى محله من غير مانع شرعى (الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقى العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أى الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة فى ذلك اليوم ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التى غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية

واذا كانت لاتروج فهى سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه (واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمهما الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه واذا بقى العقد وجبت القيمة لكن عند أبى يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال الى القيمة ولابى حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقى

(وان كانت غير رائجة فهى سلعة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فان كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهى فى حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو فى الرائجة لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لانه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذى يقبلونها به وان كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الاروج فان استوت فى الرواج جرى التفصيل الذى أسلفناه فى أول كتاب البيع وتعيين المصنف الجياد تساهل (و) من أحكام هذه الدراهم التى غلب غشها انه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أى قبل قبضها (بطل البيع عند أبى حنيفة) فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع) قال فى الذخيرة وعليه الفتوى (لانه مضمون به) أى بالبيع وهو نظير قوله فى المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق السبب (وقال محمد عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لانه أوان الانتقال الى القيمة) وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس (لهما أن البيع قد صح) بالاجماع (الا انه تعذر التسليم) أى تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشأن (وانه) أى الكساد (لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب) شيأ (فانقطع) فى (أوانه) بأن لا يوجد فى الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب فى السنة الثانية فكذا هنا (ولابى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلقة (وما بقى) الاصطلاح بل انتفى فانتفت الثمنية

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل

بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل) لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب أن الرطب مرجو الحصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى أن يحصل أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب عليها غشها فانه ازال الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد أصلي والشيء اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه وان كان هالكا أو مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد وأما اذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع قال (ويجوز البيع بالفلوس الخ) البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم أي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف أو الاشارة اليه ثم انها اما أن تكون نافقة أو كاسدة (واذا حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم تعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين دفع ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع

فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال (ويجوز البيع بالفلوس) لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها

(فبقي بيعا بلا ثمن) بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصر مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا أن المجيب نظر الى أن صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة أحضر الدراهم وأشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثمانا وانما كسدت بعده قبل القبض فلم ينتبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد فلو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لانها لم تهلك لتصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء أخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء أخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد وأما على قولهما فلا وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها او ازدادت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى أصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل أن يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لانها نوع من أنواع المال (فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين) بل لو عينت لا تتعين وللعاقد أن يدفع غير ما عين (لانها) حينئذ (أثمان) كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين بأعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين

(قوله لانا نقول الى قوله فكذا هذا) أقول ولا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصير وانقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الاول دون الثاني مع ان كليهما مرجو الوصول الى العام الثاني

واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذى بيناه فى كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبى حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذى ذكره القدورى من الاختلاف مخالف لما فى المبسوط والاسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة وذكر وانقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيأ بفلوس فى الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو أبق العبد وكما لو أسلم فى الرطب فانقطع أوانه وهذا ظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله عنه لان دليلهما فى كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضى الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهى يعتمد عليه فى الفرق بينهما ولم أظفر بذلك قال رحمه الله (ولو استقرض فلوسا فكسدت) اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبى حنيفة رحمه الله (لانه) أى استقراض المثلى (اعارة) كما ان اعارته قرض (وموجب استقراض المثلى

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه (ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لانه اعارة وموجبه

(واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبى حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أى فى الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبى يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدورى الخلاف والذى فى الاصل وشرح الطحاوى والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله استدل بما تقدم من انقطاع الرطب المشترى به واباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمير العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيها وأجيب بما تقدم فى الرطب وأما العبد فماليته لم تبطل بالاباق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد اهلاك الثمن به الا أن الذى يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدورى اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فالولم ينص على الخلاف فى الفلوس وجب الحكم به وفى شرح الطحاوى لو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشترى فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيأ بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع وعليه أن يرد المبيع ان كان قائما أو القيمة أو مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا أن أبا يوسف قال فى هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهى ما اذا باع الفلوس بدرهم لان هنالك لو أوجبنا رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وههنا لا يتمكن وفى المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العدد الذى عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبى حنيفة رحمه الله يرد مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك وأما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال أبو يوسف فى قياس قول أبى حنيفة عليه مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن لرواية فى الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض فى الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها فى آخر وقت نفاقها ووجه قوله (انه) أى القرض (اعارة وموجبه) أى موجب

قال المصنف (لانه اعارة) أقول الظاهر أن يقال لانه استعارة (قوله لانه أى استقراض المثلى) أقول والاولى عندى ارجاع الضمير الى الاستقراض مطلقا فانه اعارة على ما سبق قبيل باب الربا أو الى استقراض الفلوس (قوله اعارة كما ان اعارته قرض) أقول قوله اعارة يعنى ابتداء كما سيجىء تفصيل هذا البحث فى العارية (قوله وموجب استقراض المثلى الخ) أقول وعندى ان ما ذكره المصنف قياس من الشكل الاول تقريره لان الاستقراض اعارة لا يمكن الانتفاع به الا باهلاك عينه وكل اعارة كذلك موجبها رد العين معنى فهذا كذا الا أنه لم يصرح بهذا القيد فى الصغرى اعتمادا على فهم الناظرين أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط

ردعينه معنى) وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثلى بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقا أجاب المصنف رحمه الله (بأن الثمنية فضل فيه) أى فى القرض اذ القرض لا يختص به أى بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال ألا ترى أن الاستقراض جائز فى كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها فى العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية أقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا (وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض) وليس المثل المجرد عنها فى معناها (فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف) يعنى بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله (فيمن غصب مثليا فانقطع) فعند أبى يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجىء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للقرض وللمستقرض لان على قول أبى حنيفة رحمه الله يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبى يوسف تجب القيمة يوم القبض ولاشك ان قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبى يوسف أيسر) لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر قال (ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعنى ان ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقيراط فلوس

رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبى يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله أنظر للجانبين وقول أبى يوسف أيسر قال (ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكذا اذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز

عقد الاعارة (رد العين) اذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا لرد المثل استلزم الربا بالنسيئة فكان موجبا رد العين الا أن ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل واذا يجبر المغصوب منه على قبول المثل اذا أتى به الغاصب فى غصب المثلى بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد (والثمنية فضل فى القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلى وعددى متقارب ولا ثمنية (ولهما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة فى الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) فى وقت الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبى يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء) وقولهما انظر للمقرض من قول أبى حنيفة لان فى رد المثل اضرارا به ثم قول أبى يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لان قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض من قول أبى يوسف (وقول أبى يوسف أيسر) لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه عسر فكان قول أبى يوسف أيسر فى ذلك (قوله ومن اشترى شيأ بنصف درهم) فاكهة أو غيرها بأن قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك (انعقد موجبا الدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس) وهو سدس

قال المصنف (وقول محمد أنظر) أقول قال الكافى وفى بعض النسخ أنظر للجانبين اه والظاهر أن كونه انظر لجانب المقرض بالنسبة الى قول أبى يوسف (قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول يعنى وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه شئ ويجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا ينتفع بها حين كان قيمته مثل قيمته يوم القبض ثم قوله وهو ضرر أى وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول قوله فلوس صفة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقيراط فلوس) اقول وهو نصف السدس

وقال زفر لايجوز لانه اشترى بالفلوس وهى معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لايغنى عن بيان العدد فبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه أبو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد رحمه الله بين مادون الدرهم وما فوقه فجوزفيما دون الدرهم خاصة لان فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم

وقال زفر لايجوز فى جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلابد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمى فلوس فكذا عند أبى يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لاوزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لايجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان فى العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبى يوسف رحمه الله أصح لاسيما فى ديارنا قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطنى بنصفه فلوسا و بنصفه نصفا الاحبة جاز البيع فى الفلوس و بطل فيما بقى عندهما) لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز و بيع النصف بنصف الاحبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل) لان الصفقة متحدة والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء

سدس درهم (أو بقيراط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله لايجوز فى جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وهى تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلابد من بيان عددها) والا فالثمن مجهول ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفاءه من الفلوس وهو صفقة فى صفقة فان المعنى انه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذى هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة فى صفقة لان الثمن حينئذ من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبى يوسف وعند محمد لايجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة فى العادة فى الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبى يوسف أصح ولاسيما فى ديارنا) أى المدن التى وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد ولا فرق فى ذلك بين مادون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر فى المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفى بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال لم يثبت فى كلام من يحتج بكلامه فى اللغة وفى بعضها على الصواب (قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطنى بنصفه) أو ربعه أو قيراط منه (فلوسا و بنصفه نصفا الاحبة) وعلى وزانه أن يقول و بثلاثة أرباع درهم الاحبة وقس الباقى (جاز البيع فى الفلوس و بطل فيما بقى) من النصف الآخر أو الثلاثة الارباع وباقى الصور (لان بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز و بيع نصف درهم بنصف) درهم (الاحبة ربا فلا يجوز وعلى قياس قول أبى حنيفة يبطل فى الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوى) مقارن للعقد (فيشيع وقد مر نظيره) يعنى فى باب البيع الفاسد فى مسئلة الجمع بين العبد والحر اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لايشيع عندهما وعنده يشيع (فلو كرر لفظ الاعطاء) بأن قال

قالوا والاصح قول أبى يوسف لاسيما فى ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف قال رحمه الله (ومن أعطى صيرفيا درهما الخ) هذه ثلاث مسائل الاولى أن يعطى درهما كبيرا و يقول أعطنى بنصفه فلوسا و بنصفه نصفا أى درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الاحبة جاز البيع فى الفلوس و بطل فيما بقى عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاحبة وهو ربا فلا يجوز وعلى هذا قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لانص عن أبى حنيفة رحمه الله والثانية ان تكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد فى حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو

قال بعنى بنصف هذه الالف عبدا و بنصفها دنا من الخمر فان البيع فى العبد صحيح وفى الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام أن العقد لا يصح ههنا أيضا وان كرر لفظ الاعطاء

(قوله واذا زاد على الدرهم) أقول الاظهر ان يقال على مادون الدرهم (قوله وفصل محمد رحمه الله) أقول فى غير ظاهر الرواية عنه (قوله كما لو قال بعنى بنصف هذه الالف عبدا و بنصفها دنا من الخمر) أقول الظاهر أن يقال بعنى بنصف هذه الالف عبدا و بعنى بنصفها دنا من الخمر بتكرير لفظ بعنى

كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان (ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز) لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية والله تعالى أعلم بالصواب

أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا الا حبة (كان جوابه كجوابهما) في أن الفساد يخص النصف الآخر (لانهما بيعان) لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الاسلام والمظفر أنه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطاء لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب ولفظ أعطني مساومة واذا كان قوله يعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت فأعطني وليس من مادة البيع أولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد أنه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا الا أنهم لم يذكروه أوان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيعا في النصفين بالمعاطاة فيهما والله أعلم (ولو قال) حين دفع اليه الدرهم الكبير (أعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز) فيهما (لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الا حبة) تحريا للجواز بأن (يكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس) ثم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص بنصف الدرهم فصار كالاول كأنه قال أعطني بنصفه نصف درهم فلوس و بنصفه نصف درهم الا حبة وجوابه أن موجب التحري للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطني بهذا الدرهم نصف درهم الا حبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه انما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم الا حبة بمثله قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر) يعني القدوري (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الاولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف ﴿فروع﴾ تقدم بعضها في ضمن التعليل فرعا يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس متساو يا فزاد أحدهما أو حط شيأ وقبل الآخر التحق بأصل العقد و بطل العقد وقال أبو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير أن الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه ثمن الصرف وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعي وأحمد رحمهما الله لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افترقا الا عن قبضها بطل حصتها من البدل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق أو بعده و يرد الذي حط ما حط وان كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه و يجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له أن يرده بالعيب فان رده بقضاء لا بأس به وان لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ و بغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز وعن أبي حنيفة رحمه الله اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد أحدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز وتقدم معناه في تقسيم

لاتحاد الصفقة فان قوله أعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان ذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعتك لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله والثالثة أن يقول أعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها و بين الاولى انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المصنف رحمه الله (وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية) أراد قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر قال أبو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ والله سبحانه وتعالى أعلم

قال المصنف (ولو قال أعطني نصف درهم فلوس) أقول قال ابن الهمام يجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف انتهى و يجوز على رواية الجر أن يكون صفة للنصف والجر على الجوار

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة (والكفالة فى اللغة هى الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا) أى ضمها الى نفسه وقرئ

كتاب الكفالة

الكفالة هى الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول أصح

الطحاوى اشترى سيفا حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد فى الثمن مائة أخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيأ ليتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد فى الكل ولو كان ذلك فى ابريق فضة يبطل العقد فى نصف الابريق والله تعالى أعلم

(بسم الله الرحمن الرحيم) كتاب الكفالة

أورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشترى فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشترى الى البائع فيحتاج الى من يكفل فى المبيع وذلك فى السلم فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها ولها امناسبة خاصة بالصرف وهى انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقرت أعينهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا فى قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمى نبيا بذى الكفل لما كفل بجماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنها ما تقربا الى الله تعالى أو ازالة للاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذى ذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن والاجماع وشرطها فى الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صبى ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث وفى الدين أن يكون صحيحا فلا كفالة فى بدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم وأما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان متعلقه عينا أو معنى قال فى المغرب تركيبه دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحوية يركب عليه وكفل الشيطان مركبه وأما فى الشرع فما أشار اليه من قوله (ثم قيل هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين قال والاول أصح) فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل خلافا للشافعى ومالك وأحمد فى رواية فيثبت الدين فى ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال فى المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقائه فى ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت فى ذمة الكفيل

بتشديد الفاء ونصب زكريا أى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها (وفى الشريعة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول أصح) لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة لنفسها كما سيجىء ولانه لو ثبت الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وأجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه فى حكم دينين وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل فى حكم دينين

كتاب الكفالة

قال الامام السرخسى فى مبسوطه فى باب كتاب القاضى فى الكفالة من كتاب الكفالة لو كتب القاضى الى القاضى بكتاب فى كفالة بنفس رجل ولم

يبين فى كتابه انه كفل بأمره فانه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة مال أقر أنه كفل بغير أمره وهذا لانه لو كفل عنه بمال بغير أمره لم يكن عليه أن يخلصه من ذلك لانه التزم باختياره فكذلك اذا كفل بنفسه بغير أمره انتهى

فالاستيفاء لايكون الامن أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لايستوفي الا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا يبرأ باختياره التضمين القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق براءة أحدهما وبمجرد ذلك لايبرأ الآخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين الكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لاتجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيأ يصح مع ان الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين انما يمتنع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ولكن المختار ماذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان أمكن شرعا لايجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان التوثق يحصل بالمطالبة وهو لايستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانا جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لاضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة ان الدين فعل يقتضي أن الدين في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالدين تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة أو بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لايجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلكت لايجب على الكفيل قيمتها وأما الاعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها ومتى هلكت لايجب على الكفيل قيمتها بخلاف الاعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لاتصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل وأما حكمها فثبوت حق المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل أو لا وفي رواية عن مالك لايطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه أنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي رضي الله عنه فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله أله خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الآن بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار وفاء وانما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان علي اذ يدل على أن الضمان تم بذلك

قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعى لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقبانى مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلأن أمره بالكفالة لا يثبت له

عليه ولاية فى نفسه ليسلمه كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدى المال من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم) أى الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التى يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيأ لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود فى الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به (قوله ولانه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به) ممنوع فان قدرة كل شئ بحسبه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم فى المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهى احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا

قال (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى فى ذلك والحاجة ماسة اليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم فى المطالبة فيه

(قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال) ويدخل فى الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التى ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به) ثم نقل عن الشافعى ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله الضعف (بأنه التزام ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير فى الهواء وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير أمره وكذا بأمره لان أمره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم (الزعيم غارم) باعتبار عمومه . وقوله (بنوعيه) أى نوعى عقد الكفالة واعترض بأنه مخصوص بالزعيم فى المال من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره والغرام اللازم ذكره فى المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد تثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله (والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر أنه ينقاد اذا كان بأمره وان كان بلا أمره يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا ولا يخفى أن ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور بقليل تأمل وروى أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا فى تهمة وكان بين على وعمر رضى الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم بنفس على رضى الله عنه واعترض بالمناقضة فى الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص فى الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص فى النفس وما دون النفس ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه فى بعضها ومن كل وجه فى بعضها وأما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافى فان الحد يحتال فى درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما وأما الجبر على اعطاء الكفيل فيها ففى الحدود لا يجبر بالاجماع وفى القصاص كذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدى فلأن الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء اما أن يجيب ويحضر أولا ففى الاول لا حاجة الى الكفالة وفى الثانى يلزم فسقه

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول فيه أن البناء على ذلك ممنوع فان الخصم أثبته بالقياس على الكفالة بالمال بالامر كما مر آنفا

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح (وكذا اذا قال ضمنته) لانه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لانه صيغة الالتزام (أو قال الى) لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالى (وكذا اذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي وإلي عندي هذا الرجل وعلي أن أوفيك به أو على أن ألقاك به أو ودعه الي وحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كهو رأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخي رحمه الله لا يصح كما في الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذ العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده أو رجله ويأتي في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا) اذا أضاف الى جزء شائع منه كتكفلت (بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها) ووجه ضمنت (بأنه تصريح بموجبه) لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور (وعلى صيغة التزام والى في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا) أي يتيما (فالي) لان العطف يقتضي المغايرة وقوله (وقد رويناه فيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقدام بن معد يكرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالي ومن ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فالي (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تثبت به الكفالة (لانه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزمه لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي

قال (وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو بجسده أو ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها اختص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصفه أو ثلثه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وكذا تنعقد اذا قال ضمنته لانه صريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال على لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الى لانه في معنى على في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعول أي ينفق عليه ويجوز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال أنا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف وعلى هذا معاملة الناس

(قوله وكذا اذا عبر الخ) أقول في صحة عطفه تأمل قال المصنف (لانه لا يعبر بهما عن البدن) أقول لا حقيقة ولا عرفا فلا يرد النقض بمثل قوله تعالى تبت يدا أبي لهب

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت) وفاء بما التزمه فان أحضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال (وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لانه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال (واذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر

لانه متعين الا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما في قول أبي حنيفة وأبي لا يلزمه شئ وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه اليك أو أسلمه اليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول ان لم يؤد فأنا أؤدي نظيره في النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج (قوله فان شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بعينه) أو يوم (لزمه احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه) وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فيه فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة في حبسه كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى أن يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كالاعسار بالدين واذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله (وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب) يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وان كان موتا فهو حكمي في ماله ليعطي الاقرب اليه أما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة للشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيما دونها والثاني يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة (قوله واذا أحضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له) على (أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر) من الامصار

قال (فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان أحضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعى) فاذا علم ذلك وامتنع فاما أن يكون لعجز أو مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما أن يعلم مكانه أولا فان كان الاول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه (٣٩٣) فان مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما أن يوافقه على ذلك أولا فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج معها الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان أقام الطالب بينة انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال (واذا أحضره وسلمه في مكان الخ) اذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر

قال المصنف (فان شرط في الكفالة الى قوله في ذلك الوقت) أقول لا قبله كما في الدين المؤجل فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنازع (قوله وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل) أقول وعمل القضاة اليوم على هذا

برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت أما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم (٣٩٤) في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد لا على الاحضار والتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من أن يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وأوان فان أبا حنيفة رحمه الله كان في القرن الثاني وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر أو في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى أخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به

برئ الكفيل من الكفالة) لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة قال (واذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود. وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا (وان سلمه في برية لم يبرأ) لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيه

(برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لانه ما التزم التسليم) بالكفالة (الا مرة) وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسئلة الاخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصره لان شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الامصار ولا يفيد التكفيل فائدته المقصودة به وقولهما أوجه وفي الفتاوى القاضي اذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فان الكفيل اذا سلمه الى القاضي أو الى رسوله برئ وان سلم الى المدعي لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعي فان أضاف بأن قال أكفل للمدعي فالجواب على العكس أما ان عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه اذا سلمه في السوق برئ لان المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ انه لا يبرأ بذلك لان البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعمار الطريق الآن لا يقدرون أو لا يفعلون ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روى عن أبي يوسف نصا وقال لان الناس لا يعينونه للاحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولي غيره فدفعه عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة (ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقا (ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي فدفعه اليه قال محمد لا يبرأ لانه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن برأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في [illegible] من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القيد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالته كان جائزا أيضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز

(قوله فتعارض الموهومان) أقول فيه بحث لان الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقط لها أما اذا مات المكفول به فلأن الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وأما اذا مات الكفيل فلأنه عجز عن تسليم المكفول بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد الدين من ماله أجاب بأن ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لأنه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق (٣٩٥) المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة واذا مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر الخ) ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل فاذا دفعت اليك فأنا بريء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف أي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشئ لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير انما أورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس محتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم أستوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار فاذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالته أي كفالة الكفيل وقال دفعت اليك نفسي من كفالة فلان برئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به

قال (واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فأنا بريء فدفعه اليه فهو بريء) لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه

عن احضاره (قوله واذا مات المكفول به بريء الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل) يعني يبرأ (لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب) الذي هو احضار النفس (بخلاف الكفيل بالمال) اذا مات فانه يطالب بأداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصي فان لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الاصيل أعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره كما في الحياة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل لانه مؤجل على الكفيل أيضا أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لان الكفيل موجود على قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعته اليك فأنا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه) أي دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجدت وقد وجد اذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله (كما في قضاء الدين) يعني اذا سلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك يبرأ مع أنه جان فههنا أولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه أبو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفي حقه لان الكفالة ما أريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته) أي من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي اليك من كفالة فلان (صح) عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المصنف (لانه) أي المكفول

مطالب بالخصومة وفى بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذا طولب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال برئت نفسى من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فما ذكر فى النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة أى لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة أخرى كما بينا ولانه يستلزم أن يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما فى المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال (وان تكفل بنفسه على أنه ان لم يواف به الى وقت كذا الخ) رجل قال ان لم أواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره فى الوقت المذكور ضمن المال وافاه أى آتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شئ عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو ألف وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك فى هذه الجارية التى اشتريتها من ذلك صحت وكذلك الكفالة بالشجة (٣٩٦) صحيحة مع انه لم تعلم هل تبلغ النفس أولا ثم الحكم فى هذه المسئلة شيا آن أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعى رحمه الله والثانى عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعنى فى هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثانى قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافى الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها

من التسليم أو ابراء أو موت وليست الكفالة بالمال منافية لها ما لاجتماعهما ولان كلا منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وابطالها يفضى الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافى وجوب المبدل منه كما فى خصال الكفارة وأجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كلا واحد منهما مشروع للتوثق كما مر كالكفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذا لواجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعى هذه الكفالة أى المعلقة بالشرط لا تصح لانه أى تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع فى لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر فى البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكن أشبه البيع مطلقا أو من وجه والاول ممنوع والثانى يفيد المطلوب

مطالب بالخصومة فكذلك ولا بد من القبض وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال (فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافى الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعى لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع

(مطالب بالخصومة) وفى بعض النسخ مطالب بالحضور يعنى اذا طالب الكفيل فكان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه بحل الدين الذى عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا اذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعنى اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ولو سلمه أجنبى لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيأ لا يبرأ (قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن) للالف (لان الكفالة بالمال) فى هذا (معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافى الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان أما الاول فخالف فيه الشافعى فقال لا تصح هذه الكفالة (لانه) أى لان تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع) فكما لا يجوز تعليق البيع كأن يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بمائة فقبل

الاخر

(قوله فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول فيه تأمل ثم ان الضمير فى قوله فيه نظر راجع الى ما فى قوله فما ذكر فى النهاية

ولنا أنه يشبه البيع و يشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه و يصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال (ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك هذا (ولنا أنه) أى عقد الكفالة (يشبه البيع) فى الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (و يشبه النذر) ابتداء (من حيث انه) تبرع فى الابتداء (التزام) المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه و بالنظر الى الثانى فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين (فقلنا ان كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أى تعارفوا تعليقها به (صح عملا بشبه النذر وان كان بغير متعارف ك) دخول الدار و (هبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف) ثم ذكر خصوص الكمية فى صورة المسئلة وهى الالف اتفاقى فى التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمالك عليه صح ومن ما ثبت بالبينة انه عليه لزمه وأما الثانى فقد نقل عن الشافعى عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فانما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق وأما ثبوت صحتهما فلما يقتضى وهو الكفالة بالنفس أولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفالتان متعددتا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط أحدهما مسقطا للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقا وليس فى اللفظ ما يوجب أن التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على أنى ان لم أواف به الى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بماله عليه بأن كفل بنفسه على أنه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغى أنه اذا أثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حق أن تبطل الكفالة بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجىء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره الى القاضى لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضى يرفع المشترى الى القاضى لينصب وكيلا عن الغائب ويرد عليه قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا وانما روى فى بعض الروايات عن أبى يوسف ولو فعله القاضى فهو حسن ذكره فى الخلاصة وفيها كفيل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به غدا فالمال الذى للطالب على فلان رجل آخر هو كذا على الكفيل جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وهنا ثلاث مسائل احداها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا فى الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية أن يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو المختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا فى المجلس مثلا فعليه المال الذى عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم تواف غدا لتقبضه منى فأنا برىء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم تواف أنت لم يصدق واحد منهما فلو أقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين وكلما كفل على انه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

لانه يشبه البيع من وجه كما مر و يشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضى جواز ذلك واعمال الشبهين أولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم فى ذلك أكثر من رغبتهم فى مجرد الكفالة بالنفس قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه

قال المصنف (ولنا انه يشبه البيع و يشبه النذر الخ) أقول تعليق النذر بالشرط صحيح قال فى البدائع اذا قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها انتهى

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان في كل منهما وجب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت و بغيره وفيه شبهة قوية وهي أن الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب أن تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل وأجاب الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجه و بالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ظنا منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم يواف فلا يفيده في اضرار غيره قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار و بينها بأنها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها

مائة

حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين أحدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينه الاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف

المال فان مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه) لانه علق مالا مطلقا بخطر ألا يرى أنه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها

المال فان مات المكفول عنه) يعني بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له و يرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي أن لا يجب المال اذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي قد زالت بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت أجيب بالفرق بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديه الى الكفالة بالمال وأما جواب المحبوبي والمبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخروج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضيخان فثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فاذا ذكرها المصنف والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافاة اذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بأمر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد عدم معرفة حكم هذه اذ قد عرف أن المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى أنه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال وان أبى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فبينها أو لم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه وأنا كفيل بنفسه الى غد فان لم أوافك به غدا فعلي

ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رحمه الله) معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد وفى القصاص لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما فى التعزير

مائة دينار فرضى بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار فى الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول أبى يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه وأراد بالوجهين ما اذا بينها أى ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر كذا قيل والأفود أن يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة عينها أولا وما اذا لم يدع شيأ حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذى سماه الكفيل لمحمد وجهان أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطره وعدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب فى الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول أبو منصور الماتريدى وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثانى أن الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعى به (من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه) واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخى وهو مبطل للكفالتين قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال فى الدعاوى) قبل الحضور الى مجلس القاضى احترازا عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة (الثانية) ونحن قد أسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلى مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا فى المبسوط فالوجه أن يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا ظهرت الدعوى بألف ظهر انه أراد الالف التى سيدعيها حكما بأن الكفيل كان يدرى خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا أنا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا ظهرت ظهر أنه انما كفل بالالف المدعى به وفى الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل التى عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شئ على والطالب يدعى ألفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل ألف درهم عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وفى قوله الآخر وهو قول محمد لا شئ عليه وهذا يقتضى أن الحاصل ان أبا حنيفة وحده ويستفاد بها أن الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظهر فيها (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة رضى الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على اعطاء الكفيل (عنده وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفى القصاص لانه خالص حق العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لاخلاء الارض عن الفساد

والثانى ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام أبى الحسن الكرخى وهو يقتضى الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكره معرفا لانه قال فعلى المائة فينصرف الى ما عليه وتكون النسبة موجودة تخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة فى مقابلة النكتة الاولى لمحمد وقوله والعادة جرت فى مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا بأس بذلك لأن العادة جرت بالاجمال فى الدعاوى فى غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة فى مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فكأنه أراد بالمائة المطلقة فى الابتداء المائة التى يدعيها ويبينها فى الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لانه يدعى صحة الكفالة قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره فى مجلس القضاء لاثبات ما يدعى المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما فى سائر حقوقهم وفى القصاص لانه خالص حق العبد أى لان

(قوله وفى القصاص لانه خالص حق العبد) أقول معطوف على قوله يجبر فى حد القذف

المغلب فيه حق العبد على الخلاص لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة أن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار كي لا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء أعطاه قبل اقامة البينة أو بعدها أما قبل اقامتها فلان أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى أخذ الكفيل (ولابي حنيفة رحمه الله

بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع) لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم

ومعنى الجبر ليس أنه يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطي كفيلا (بخلاف الحدود الخالصة حقا لله) كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها الا ان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين أشغاله فتصح الكفالة باحضاره وأورد عليه ينبغي أن لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه أكثر أجيب بأن الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الاعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان أحضر البينة فبها والا خلى سبيله وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني أحبسه وأخلده في السجن الى أن يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه (ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد) رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به قال مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما روى عن سائر المجهولين (ولان مبنى الكل) يعني الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه بنفسه هذا (ولو سمحت نفسه) أي نفس المطلوب (باعطاء الكفيل بلا جبر) يعني في حد القذف والقصاص (جاز لانه أمكن ترتيب موجبه عليه) وهو تسليم النفس (لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها في الحدود الخالصة حقا لله لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء

قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل) يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيهما الاستيثاق بالتكفيل) فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل أجيب بأن الحبس للتهمة على ما ذكر لا للاستيثاق (بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال (ولو سمحت نفسه) أي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص (وحد القذف صح بالاجماع لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين

قال المصنف (قوله قيل هذا الى قوله مرفوعا) أقول القائل هو الاتقاني وقال في شرحه ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات) أقول تأمل في هذا التعليل كيف يثبت المعلل

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان الخ) لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه أي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة أي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد شطريها وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبتت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل أن يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم أيضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بأنه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والايفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء والله أعلم بالصواب وذكر في كتاب أدب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية أخرى عكسه لحصول الاستيثاق بأحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك

قال (ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي)، لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء

(ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) انه عدل لنفي المجهول (لان الحبس هنا للتهمة) لا لاستيفاء الحد (والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة) فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقدمنا تخريجه والكلام فيه في الحدود (بخلاف الاموال لان الحبس أقصى عقوبة فيه) أي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الايفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشئ أهمه وهما من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت كما في اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال قال المصنف (وذكر في أدب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما ويجمع بينهما بأن المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص (قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد

(قوله أي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى) أقول الاظهر لا للثبوت (قوله ينافي الدرء) أقول لا نسلم ذلك وانما ينافيه لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل وليس كذلك بل الحبس يكون للتقرير وما نحن بصدده كذلك وقد صرحوا في الوصايا وغيرها بأن الاعتبار للموضوعات الاصلية فلا حاجة الى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء) أقول فحينئذ يكون الاتهام أكثر فليتأمل (قوله وقيل معنى كلامه) أقول القائل هو الكاكي (قوله أورد هذه المسئلة ههنا الخ) أقول أنت خبير بأنه لا يدل على وجه ايرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس وهل المهم بيانه الا ذلك ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وان كان المفهوم من الشرح الكفالة بالخراج والامر هين

أداؤه ليحبس به و يمنع وجوب الزكاة و يلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطالبا من في الحياة والممات احترازا عن
الزكاة فانه مطالب به أما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام وأما في الباطنة فلا كها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها
غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد ذكره في باب الكفالة فقوله (لانه دين مطالب به) اشارة الى صحة الكفالة
فان كل دين تصح به المطالبة في الحياة والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله (ممكن
الاستيفاء) اشارة الى صحة الرهن فانه انما شرع لامكان الاستيفاء لكونه توثيقا بجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه
قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصد ذلك قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص
واحد جعلهم كفلاء معا أو على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة أي أن يلزم الكفيل ضم ذمته الى الذمة

فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع) لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة

حتى يحبس به و يلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظاهر عبارته يدل على ان قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلات ووجوبه بحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكاة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والملاك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته جبرا للورثة عندنا ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالبا والمالك فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الامام ليس لايصال المستحقين الى أملاكهم بل الى ما يستحقون لا بطريق الملك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات (قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لان موجبه التزام المطالبة) وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بألف لا يطالب أحدهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف وأيهم قضى سقطت عن الباقين (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عديل قوله أول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادلة

الاصيل في المطالبة بان يكون مطالبا باعتبار المكفول عنه كأنه مطالب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى التزام من له الطلب على الطلب وهو خلف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلف باطل وقال ابن أبي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهو بناء على أصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية الصريحة والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا أسلم أحد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بألف أو مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة

قال المصنف (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول قال الاتقاني الضمير في عليه راجع الى الخراج وفي فيهما راجع الى الكفالة والرهن انتهى والاظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لرجوعه الى التزام من له الطلب الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة أي شجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت بمجهول (٣٠٤) لاحتمال السراية والاقتصار

وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ولما صرح ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به (وشرط أن يكون المكفول به دينا صحيحا) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب أن يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له مخير بين أن يطالب الذي عليه الاصل أي الدين ويسمى الدين أصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له أن يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار أحد الغاصبين أي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره أحدهما

وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط أن يكون دينا صحيحا ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال (والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله) لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما أن الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما

الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه تعالى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة أيام بخلاف البيع وما نوقض به من انه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم أن يبين أي مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك اجماع) وضمان الدرك أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن ان استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله وقد نقل نص الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك وأما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجة) أي خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فأرش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولانه لا يثبت للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده وكذا يحترز به عن دين الزكاة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكاة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها (ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل (وله مطالبتهما) جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما أو مطالبة أيهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوزا بها فيها فتجري حينئذ أحكام الحوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغصوب منه (اذا اختار تضمين أحد الغاصبين) يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له أن يضمن الآخر (لان اختياره) تضمين (أحدهما) أي ان قضى القاضي عليه

(قوله ولما صرح ذلك) أقول فيه بحث (قوله وقيل لان المولى الخ) أقول فيه شيء وبندفع بقولنا قياسا تأمل

يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثانى أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل

(يتضمن التمليك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التمليك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه أى ما وجب وثبت فعلى من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعته فعلى درك ذلك البيع وان ذاب لك عليه شئ فعلى وكذا ما غصبك فعلى واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية ذكره فى المجرد عن أبى حنيفة نصا وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شئ وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة بجهالة المكفول فى الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها حينئذ قليلة تحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه فى التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفى التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو على لا تصح لجهالة المضمون عنه فى الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو على لا تصح لجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لانتفائهما ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن لا تصح الكفالة كأنه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلى وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شئ لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى يصح فأيهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ يجب كون أهل الدار فى المسئلة التى قبلها أنفسوا معينين معلومين عند المخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لكما بما لكما على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان أو ما لك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه فى غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه فى التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه فى التنجيز والاضافة حيث يصح فى التنجيز دون الاضافة أما الاول فما ذكر فى الذخيرة ان الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه يملك ما فى ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشترى وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشترى مانعة للبيع والكفالة فى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه فى الارسال والتعليق ان القياس يأبى جواز اضافة الكفالة لانها تمليك فى حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل هذا أن المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب فاستدل المصنف وأكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ونقل عن أبى بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان الجعالة لا الكفالة وكذا قال أصحاب الشافعى لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة

وضمان

يتضمن التمليك اذا قضى القاضى بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثانى أما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل

أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل أن يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة أو اذا مات ولم يدع شيأ أو اذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى ولا يجوز بشرط مجرد عن الملاءمة كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان أجنبيا كان التعليق به كما فى هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فان منادى يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجىء بصواع الملك وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قال بعض الشارحين ان هذه الآية محمولة على بيان الجعالة ان يأتى به لا لبيان الكفالة فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثانى ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهى تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة فى الكفالة والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المنادى للغير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم بذلك فيكون ضامنا (٤٠٥) عن الملك لا عن نفسه فتحقق

أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر

حقيقة الكفالة وعن الثانى بان فى الآية أمرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز أحدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز أصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتى وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول منه معلوما فالمجهول باق على أصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة فى حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفى حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول أصلا واذا كان بمنزلة البيع فى حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشترى مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتى

وضمان الجعالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل هو من الجعالة ان المكفول له فى الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته الا فى مسئلة واحدة ستأتى وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى العير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لانه انما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا أن فيه جهالة المكفول له فقد اشتملت على أمرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث أبى قتادة فى قصة الميت المديون بدرهمين فقال على هما على فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطا ملائما وملاءمة الشرط بأحد ثلاثة أمور أحدها أن يكون سببا للزوم الحق وهو الذى عبر عنه المصنف بـ(أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذ استحق المبيع) فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشترى ومن هذا القبيل ما فى الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجىء بصاع الملك فانه سبب وجوب الجعل الثانى (أن يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث (أن يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد) أو هرب أو مات ولم يدع شيأ ومن

قال المصنف (وما ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه) أقول أى فى معنى الذى ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به قال المصنف (فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول ولا تصح الكفالة أيضا هنا كما ذكره الشارحون (قوله وجهالة المكفول له الخ) أقول كما اذا قيل من غصبته أنت وقتلته فأنا كفيل له عنك (قوله وهذا هو الموعود) أقول الاشارة الى كون الكفالة بمعنى فى حق الطالب فانه اذا كانت الكفالة تمليكا فى حقه واضافة التمليك الى المستقبل لا تصح لم تصح اضافة الكفالة الى المستقبل فى القياس فليتأمل

فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه

فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع يمينه (فان اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق) المكفول عنه (في حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم الا أن يقضي القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه فان قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما أقر فلان به فهو على فمات الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال لآخر بايع فلانا فما بايعته من شئ فهو على صح فان قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمان أيضا ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيك ان أعطاه مكانه أو ذهب الى السوق فأعطاه أو قال اذهب الى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا بالمال الذي لك عليه ضامن فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو على فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيأ بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص فلو أخذ الوالي منهم شيأ فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بألف على أن يعطيه اياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لاطلاق ما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه أعم من كونه باذن وبلا اذن (ولانه) أي عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أي هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر

يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه أشار بقوله لانه منكر للزيادة (فان اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها) كالمريض اذا أقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض قال (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ولان الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر

قال المصنف (لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول قال الزيلعي بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان

فعلي فأقر فلان على نفسه بألف فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس لا يلزمه شئ لما بينا وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان في مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم يقم البينة اهـ وفيه بحث

كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بأمره رجع بما أدى عليه لانه قضى دين غيره بأمره ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه أو عبدا كذلك وأمر الكفيل فانه اذا أدى لا يرجع على الصبي أصلا ولا على العبد مادام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدى دين غيره بأمره ولا يرجع عليه مالم يقل الآمر على أني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير أمره لم يرجع

على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند أمره وقد رضي به (فان كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره (وان كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه)

على المطلوب) لان ضرره (بثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لانه) أي الرجوع (عند أمره و) عند أمره يكون (قد رضي به فان كفل بأمره رجع بما أدى لانه قضى دينه بأمره) مقيد بأمرين أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الامر اذ لو كان صبيا أو محجورا وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذونا صح أمره ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الاذن ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال الرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا أو شريكا وقال أبو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلابد من اعتبار الامر فيه وأن يكون كذلك الا اذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء أما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه وأورده طالبة بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الآمر مالم يشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفى به وأجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بأن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لانه آمره أن يؤدي عنه ويقضي عنه وأن يكون قاضيا عنه الا بعد أن يصير المقضي به ملكا للآمر الا أن الملك للآمر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه ففي ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما يملكه بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض وقوله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كما لو كفل بأمره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمملك ما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شئ من ذلك فانما معناه التشبيه أي هو كالملك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب على الكفيل لكن يتأخر الى أدائه وهذا لا يكون في كفالته بلا أمره (لانه)

قال المصنف (لانه قضى دينه بأمره) أقول المراد أمره المعهود (قوله لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تأمل فانه لو لم يكن معتبرا لم يرجع على العبد بعد ما عتق ثم قوله لان المراد جواب لقوله ولا ينتقض الخ (قوله لان المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول جواب لقوله ولا بما اذا قال لغيره الخ

لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا أدى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره لان الطالب بالاستيفاء منه المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه فى استيفاء المال من الاصيل والجواب أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بأمره فينقض الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يؤخر الى أدائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به فى فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها اصلحه اياه على جنس آخر فأما الفصل الاول فعلى نوعين أحدهما أن يكون أدى ما ضمن وفيه الرجوع بما أدى لانه أدى مثل ما ضمن والثانى أن يكون أدى خلاف ما ضمن كما اذا أدى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك أو بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى قال المصنف (لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه الا بما فى ذمته فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذى فى ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة لا فى الدين والثانى ان الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن وأما فى الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد أعنى ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه وأذن له فى القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثانى أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة وأما اذا كانت فيجوز أن يجعل فى الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك أن يجعل الدين فى ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له فى أن الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق يكفى مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقدور التسليم وذلك فى غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثانى بأن التشبيه انما هو فى نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود فى الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب

لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه أما اذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه

(لانه متبرع) ولا يمكن اثبات المال فى ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع وقوله (رجع بما أدى معناه اذا أدى ما ضمنه أما اذا أدى خلافه) فانما (يرجع بما ضمن) حتى لو كان الدين زيوفا فأدى عنها جيادا فانما يرجع بالزيوف أو كان الدين جيادا فأدى عنها زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فأدى زيوفا يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فأدى جيادا رجع بالزيوف أيضا لان رجوعه بحكم الامر ولم تدخل صفة الجودة فيما اذا كان الدين زيوفا تحت الامر أما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالاداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه فان ماله عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فانه يملكه ويطالب به المكفول بعينه فان قيل ينبغى أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدل من قال ان الكفالة ضم فى الدين أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين انما لا تجوز اذا لم يأذن للغير فى قبضه فأما اذا وهب الدين من آخر وأذن له فى قبضه جاز استحسانا وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما اخترنا هذه العبارة لان بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولاية عن الدين الذى على المطلوب اذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس فى ملكه والاوجه اما اعتبار الدين فى ذمة الكفيل كما هو فى ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء أحدهما كما هو أحد القولين أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا أبرأه لان الواجب عليه المطالبة وبالابراء تسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله (وكما اذا ملك المحتال عليه الدين) بالاداء الى المحتال بأن أحال

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول فيه شئ فانه لا دين على الكفيل فى الاصح

(قوله بما ذكرنا فى الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع الا اذا أدى بأمر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شئ حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلابد من اعتبارهما فلو أدى الزيوف على الجياد ويجوز له ذلك رجع به أدون الجياد لان أداء المأمور به لم يوجد وان عكس فكذلك لان الامر لم يوجد فى حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما أدى باطلاقه فيه تسامح وأما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين أحدهما أن يصالحه على أقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما ذكره والثانى أن يصالحه على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتى قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدى عنه لان الموجب للمطالبة هو التمليك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب قد وجد فى حقه حيث انعقد بينهما أى بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا فى مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة

بما ذكرنا فى الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا أبرأ الكفيل قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى عنه) لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال (فان لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله (واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل) لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه

المديون رجلا على رجل ليس له عليه دين فقبل الحوالة وأدى فانه يملك الدين الذى على المحيل فيرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله (كما ذكرنا فى الحوالة) أى حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فانه يرجع بما أدى لانه لم يملك الدين بالاداء) فانما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف) المكفول بها (على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الالف (لانه اسقاط) أو هو ابراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعنى عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه الا بخمسمائة فكذلك اذا صالح على خمسمائة عن الالف لا يرجع الا بخمسمائة أو المعنى اذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشئ فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدى عنه لانه) أى الكفيل (لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية) فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فان لوزم) الكفيل (بالمال فله أن يلازم المكفول عنه) اذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له أن يحبسه) خلافا للشافعى فى الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد وقلنا ما لازمه وحبسه معه كما جاز أن يكون الدين جاز أن يكون لانه الذى أدخله فى ذلك فعليه خلاصه والا فيعامله بمثل ما عامله به (قوله واذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل) بالاجماع (لان الدين عليه) أى على الاصيل

قال (فان لوزم بالمال الخ) اذا لوزم الكفيل له أن يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين فى ذمة الكفيل لانه هو (فى) الذى أوقعه فى هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له أن يحبسه اذا كانت الكفالة بأمره وقال الشافعى رحمه الله ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فاذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لانه أبرأ الاصيل وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه فى الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها

(قوله فلابد من اعتبارهما) أقول فيه تأمل

وقوله في الصحيح احترازعن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ولا يتوهم أن على ذلك القول براءة الاصيل لاتوجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بأن الكفالة لاتكون الافيما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء أو الابراء فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لانقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذذاك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه (٤١١) (وان أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل) لان على الكفيل المطالبة دون أصل الدين وسقوط المطالبة عنه لايوجب سقوط أصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز ألاترى انه لومات الكفيل ماسقط الدين عن الاصيل (وان أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله وان أخر عن كفيله لايكون تأخيرا عن الاصيل لأن التأخير ابراء موقت) لاسقاط المطالبة الى غاية (فيعتبر بالابراء المؤبد) ورد بأن هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل ألاترى ان الكفيل لورد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء وتسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ماضمنه حالا والجواب ان اعتبار شئ بغيره لايستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لايبقى الاعتبار ثم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر وهو ماذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لاتمليك فيه حيث لم يكن عليه الامجرد مطالبة والاسقاط المحض لايقبل الرد كاسقاط الخيار وأما الابراء الموقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما اذا كفل) يجوز أن يكون جواب دخل تقريره لانسلم ان التأخير عن الكفيل لايكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تأخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره واذا كان تأخير الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا (اما ههنا) أي فيما اذا حل بعد الكفالة فانما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين

في الصحيح (وان أبرأ الكفيل لم يبرا الاصيل عنه) لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز (وكذا اذا أخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذى عليه الاصل) لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه

(في الصحيح) خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل كذا قيل وليس لهذا الخلاف أثر ههنا بل القائل ان الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس الا في ذمة الاصيل قائل بأن براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الاصيل ويشترط قبول الاصيل أو موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فانه اذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان ابراء الاصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا ارتد وقال محمد لايرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابراء (وان أبرأ الكفيل لم يبرا المكفول عنه لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرأ الاصيل بابرائه (وكذا اذا أخر عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد) فان قيل الابراء المؤبد لايرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده وبرد الاصيل يرتدان كلاهما والجواب ان الفرق بينهما في حكم لايستلزم الفرق بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعدمه ماذكر في الذخيرة ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والاسقاط المحض لايحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار وأما الابراء المؤقت فهو تأخير مطالبة وليس باسقاط ألاترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتأخير قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض فاذا عرف هذا فالم يقبل الكفيل التأخير أو الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال وهذا (بخلاف ما لو كفل بالمال) أي بالدين (الحال مؤجلا الى شهر) مثلا (فانه يتأجل عن الاصيل) الى شهر (لانه) أي المكفول له (لاحق له حال الكفالة الا في الدين) فليس اذذاك حتى يقبل التأجيل سواه (فكان الاجل) الذى يشترطه الكفيل (داخلا فيه) فبالضرورة يتأجل عن الاصيل (أما ههنا) وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فبخلافه)

قال (فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذى عليه الاصل) لانه أضاف الصلح الى الالف الدين وهى على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بأمره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه)

لانه ما تقرر حكمه قبل التأجيل انه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف الى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة) ان شرط براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئا جميعا وان شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة ان كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على ان يهب له الباقى حيث يرجع الكفيل بألف وان لم يشرط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسمائة وهى مسئلة الكتاب (برئا جميعا) عن خمسمائة (لانه) أى الكفيل (أضاف الصلح الى الالف الدين وهو) أى الدين (على الاصيل) فيبرأ الاصيل (من خمسمائة) ومن ضرورته ان يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسمائة التى أوفاها ولا خلاف فى هذا (بخلاف ما لو صالح بجنس آخر لانه) أى الصلح بجنس آخر (مبادلة فيملكه) أى الدين (فيرجع بجميع الالف) وعند الائمة الثلاثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التى صالح بها لانه أوفى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن تجعل واجبة فى ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لان وجوبها فى ذمة الكفيل عند الحاجة الى التمليك وفى خلاف الجنس يحتاج الى التمليك وفى الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كان كفل بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل) لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة وجعل فى النهاية صورة هذه المسئلة ما فى المبسوط لو صالحه على مائة على ابراء الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ الكفالة (قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا) بأمر المكفول عنه (قد برئت الى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى فى هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين وبالقبض من الكفيل كأنه قال

قال (فان صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين بجنسه على أربعة أوجه هو أن يشترط براءتهما جميعا أو براءة المطلوب خاصة أو براءة الكفيل خاصة أو لم يشترط شيء من ذلك ففى الاول والثانى برئا جميعا وفى الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح والكفالة بأمره وفى الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى لانه أوفى هذا القدر بأمره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقى من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بأنه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز وأجيب بأنه جعل الدين فى ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن أن تكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربا فيبقى الدين فى ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرآن عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بأمره كما ذكرنا قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية أن يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة بالعكس دفعت

(قوله ان كان الصلح والكفالة بأمره) أقول لوجوب كون الصلح بأمره تأمل

معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التى ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لاتكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع (وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لانه براءة لاتنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثانى لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل

دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا وههنا ثلاث مسائل أحداها هذه والثانية قال أبرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان يأخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الى فهذا اقرار بالقبض عند أبى يوسف كقوله برئت الى وعند محمد كقوله أبرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ فى الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين مالو كتب فى الصك برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الى بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وأبو يوسف يقول هو مثل برئت الى لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لاتتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة الى الكفيل وماقاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتأخرون فيما اذا قال المدعى عليه أبرأنى المدعى من الدعوى التى يدعى على منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال أبرأنى من هذا المال الذى ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال الكفيل أنت فى حل من المال فهو كقوله أبرأتك لان لفظ الحل تستعمل فى البراءة

فالاولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لماذكر ان البراءة التى يكون ابتداؤها من المطلوب أى الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لاتكون الا بالايفاء فكان بمنزلة أن يقول دفعت الى المال أو قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لارجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الاصيل لان مادل عليه اللفظ براءة لاتنتهى الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل أن يقول أبرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية أدناهما فتثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر وتوجيهه أن يقال تيقنا بحصول البراءة بأى الامرين كان وشككنا فى الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال أبو يوسف هو مثل أن يقول برئت الى لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدى الطالب ويخلى بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فأما البراءة بالابراء فمالا يوجد بفعل الكفيل لامحالة وقيل أبو حنيفة مع أبى يوسف رحمهما الله فى هذه المسئلة وكأن المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير اليه أولى وقيل فى جميع ماذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع فى البيان اليه لانه هو المجمل وأما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين أحدهما هو ان المجمل مالا يمكن العمل به الا ببيان المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن والثانى ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل فى الوجه الاول والثانى بالاثبات والنفى فكيف يكون مجملا مع انتفاء لازمه وأجيب بأن قوله برئت الى وان كان بمنزلة الصريح فى حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت الى لانى أبرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وماذكروه فى تعليل الاوجه الثلاثة استدلالى لاصريح فى الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب فى ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا فى دلالته على المراد وكونه غير صريح فى الايفاء والابراء هو الذى سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لاشبهة فيه وهذا تطويل بلا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحى وان كان المراد به المجمل اللغوى وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذا هين هونا

قال المصنف (لانه براءة لاتنتهى الى غيره) أقول الضمير فى قوله لانه راجع الى مافى ضمن أبرأتك من البراءة والمعنى لان البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لاتنتهى

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول اذا جاء غد فأنت برىء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراآت والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وردّ بالرّ كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فأنا برىء من المال فوافاه من الغد فهو برىء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى أنه يصح لانه اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لامنفعة للطالب فيه أصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فأما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان الطالب له فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ألا ترى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على أني أبرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب أو حز الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما أن يكون اصالة والفرض خلافه أو نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما أن يكون للجاني بأن لا يعود الى مثل ما فعل أو لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتمسكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود وأما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت أصلا لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع أولى فانه لم يروعن أحد من أهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما أن تكون بذواتها أو بتسليمها

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراآت ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة قال (واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لانه دين كسائر الديون

كالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا فاما اذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض أو لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجمل في البيان والمراد من المجمل هنا ما يحتاج الى تأمل و يحتمل المجاز وان كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت الى معنى لاني أبرأتك لا حقيقة المجمل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الابراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على أني ان وافيت به غدا فأنا برىء من المال فوافاه به برئ من المال لان هذا شرط ملائم على انه لا ورود له لان الفرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد احداهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لان المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة (فكان) ابراؤه (اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل) لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كا) نفس (الحدود) نفس (القصاص) اذ لا يقتل الكفيل

(قوله فان كان الاول) أقول ويجوز أن يعكس فيتبين ببطلان الاول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس بل هذا أظهر
(قوله فقد لا يحصل المقصود) أقول تأمل فان عدم الحصول نادر لا يضرنا

فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أومضمونا بالغير وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فعلى هذا لاتجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشترى ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر لانها أمانة وتجوز فى المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها أعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك ومالم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعى رحمه الله الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على أصله ان موجب الكفالة التزام أصل الدين فى الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور فى الديون دون الاعيان وقلنا بناء على أصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة والمطالبة تقتضى أن يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لامحالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع فى يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن فى يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وان كان الثانى أعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز وذكر فى الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شئ على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لايضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماليته كان أمانة فى يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان أمانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شئ لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رحمه الله ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه وأظنه تابع شمس الائمة السرخسى فى ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله فى الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر لان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها

(وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن أو بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز

الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافا للشافعى) اعلم أن الاعيان اما مضمونة على الاصيل أو غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر فى يد المستأجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها أصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شئ وقالوا الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقى من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره والباقى ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شئ على الكفيل وفائدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بأن مات العبد المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكر شمس الأئمة السرخسى ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص فى الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا فى المبسوط ونص القدورى انها بتسليم المبيع جائزة ونص فى التحفة على جميع ما أوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه

(قوله ومالم تجب قيمته عند الهلاك) أقول الموصول عبارة عن الاعيان المضمونة (قوله فان الواجب فيها عدم المنع الخ) أقول هو أيضا بعد تسليمها فينبغى أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مشايخنا (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول القائل هو البكاكى

(قوله لانه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للعمل) اعلم ان من استأجر دابة معينة للعمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للعمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استأجرها معينة للعمل فكفل بالحمل لم يصح قال المصنف (لانه) أى الكفيل (عاجز عنه) أى عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست فى ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله واستدل به على عدم جوازها فى الاعيان مطلقا وما ذكر فى الايضاح جوابا للشافعى رحمه الله وهو قوله تسليم ما التزمه متصور فى الاعيان المضمونة فى الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور فى الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه أيضا (وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا) أنه عاجز عما كفل به

(قوله وما ذكر فى الايضاح) أقول قوله وما ذكر مبتدأ خبره يجىء بعد سطرين وهو قوله غير دافع الخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور فى الجملة الخ) أقول لعل المراد من قوله متصور فى الجملة أن التسليم متصور اما باعتبار عينه أو باعتبار قيمته ولا يستقيم ذلك فى الحمل على دابة معينة فليتأمل

لانه التزم فعلا واجبا قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل) لانه عاجز عنه (وان كانت بغير عينها جازت الكفالة) لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا

عندى أن لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك فى وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها الا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصلها ويخلى بينه وبينها بعد احضارها اليها ونحن نعنى بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ومن حمل المردود اليه قال فى الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة وأما مضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب على الكفيل ما يجب على الاصيل وهو دفع العين فان عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل وفى المبسوط ادعى عبدا فى يد رجل فلم يقدمه الى القاضى وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد فى يد المطلوب وأقام المدعى البينة ان العبد عبده يقضى القاضى بقيمته على المطلوب وان شاء على الكفيل لان بالبينة ظهر أن العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تعذر العين كما أن الواجب على الاصيل كذلك والقول قول الكفيل فى قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل أعنى الغاصب فان أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفى المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل شئ لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة فى يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيأ من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا فى ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان أعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شئ لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضا ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل وأخذه به لان الراهن ضامن مالية العين هنا ألا ترى انه لو هلك فى يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستأجر فى كلام المصنف بالفتح فى الموضعين وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شئ على الكفيل ففى المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفى المستأجر لان الاجارة تنفسخ به وتخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر (قوله ومن استأجر دابة للحمل فان كانت بعينها) أى آجره أن يحمله على هذه الدابة (لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل) الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له فى هذه الدابة ليحمله عليها (وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والحمل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته به (و وزانه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من انه عاجز عنه اذ لا ملك العبد أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شئ على الكفيل وقال شارح فى الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بأن الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض الاصحاب بأن الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب أن تحمله الذى هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أى دابة

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ماذكرناه فى الفضولى فى النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ماوراء المجلس (الا فى مسئلة واحدة

دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذى هو فعله لانه لم يستأجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغى ان لا تجوز الكفالة فيه أيضا لان الحمل أيضا غير واجب على الاصيل بعين ما فى التى قبلها والحاصل أنه ان كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغى ان تصح الكفالة فيهما لان الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغى ان لا تصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب فى الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن فى تحميلها وهو ماذكر فى النهاية من التركيب وماذكرنا من الحمل عليها ففى المعينة لا يقدر على الاذن فى تحميلها اذ ليست له ولاية عليها ليصح اذنه الذى هو معنى الحمل وفى غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ) أى نسخ كفالة الاصل عن أبى يوسف (الاجازة) بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل أن عنه روايتين (والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ (أنه التزام فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر فى المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيأ لانه مختار فى المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته طالبه والا لا وأحال المصنف وجه التوقف على ماذكره فى الفضولى فى النكاح وهو ان شطر العقد يتوقف حتى اذا عقد فضولى لامرأة على آخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فضولى آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطبه فضولى آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام (ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود) من الموجب وحده (شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس) وهذا يقتضى انه لو تم عقدا بقبول فضولى آخر توقف وقد صرح بذلك عندهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ قوله فى وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له فى المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل فى المجلس ان كان حاضرا فتنفذ أو يقبل عنه فضولى آخر ان كان غائبا فتتوقف الى اجازته أورده وقوله (الا فى مسئلة واحدة) استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له فى المجلس فان هذه

قال (ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس الخ) لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف أولا وقال آخرا تجوز اذا أجاز حين بلغه ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة قيل أى نسخ كفالة المبسوط وفيه تمويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هى نسخة واحدة فالموجود فى بعضها دون بعض يدل على تركه فى بعض أوزيادته فى آخر وذكر فى الايضاح وقال أبو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله فى الاصل فى موضعين فشرط الاجازة فى أحدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه فى بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم فى الكفالة بالنفس والمال جميعا لابى يوسف رحمه الله فى وجه الرواية التى لم تشترط الاجازة فيها أنه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله فى وجه رواية التوقف على الاجازة ماذكرنا فى الفضولى فى النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ماوراء المجلس لانه لا ضرر فى هذا التوقف على أحد ومنع عدم الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء فى أن الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفى ذلك ضرر على الطالب ولهما أن فى عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ماوراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولى توقف على اجازته لوجود شطريه قال (الا فى مسئلة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكأنه قال لا يصح ذلك عندهما الا فى مسئلة واحدة استحسانا

(قوله لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد) اقول أى من محمد فلا يرد شئ تأمل (قوله فالموجود فى بعضها الخ) أقول فيه بحث (قوله فى بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول فينبغى أن يطرح لفظ النسخ من البين والامر هين (قوله ومنع كونه التزاما فقط) أقول مستندا بانه عقد تبرع كالهبة والصدقة فلا بد من القبول (قوله وبأن الاقرار الخ) أقول فى العطف تأمل

والقياس عدمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لاجنبي لم يصح فكذا المريض وللاستحسان وجهان أحدهما أن يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت لتصحح المعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في كلام المصنف تسامح لانه في معنى الوصية لا أنه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما

وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز) لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه

المسئلة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولي عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فانه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين أحدهما ان قوله تكفل عني وصية أي فيه معنى الوصية اذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكأنه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم اذا قالوا تكفلنا به فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه ولو كان حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا ثانيهما ما ذكر في المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت واذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائبا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه فان قيل غاية الامر أن يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت لا يتم الا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت أجاب المصنف بقوله (انما لا يشترط القبول) بعد قول الوارث تكفلت (لانه) أي لان قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وانما احتيج في البيع كذلك لانه يراد به المساومة وهنا لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الامر هنا (كالامر بالنكاح) فيما لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لاجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي أو لوارثه لا يصح الا أن يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه وما في المبسوط

اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة والثاني أن يقال ان المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه أي الى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن أبيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا أجاب المصنف بقوله (وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما من زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما . ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسئلة قال (ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ الخ) اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ

(قوله وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول الظاهر ان مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعدما كفل الوارث بل يكفيه أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ولا أدري كيف يذهب الى ما ذكره وفيه تفكيك النظم وعدم ممارسته في الكلام على ما لا يخفى

فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام كان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال (واذا مات الرجل وعليه ديون الخ) اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فتكفل عنه بدينه انسان وارثا كان أو أجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلاثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما أن يكون بالنسبة الى الدنيا أو الآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق أحكام الآخرة وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لانه وجب

لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل أو له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشترى لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في أحكام الدنيا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب

قال (واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تصح) لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب

من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يبين الدين ولا صاحب الدين فانه انما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبني على غير الوجه الارجح وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر في الكفالة وقد فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما بهذا الاعتبار (قوله واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيأ) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للغرماء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد) والائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لانه كفل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة وقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولانه كفل بدين ثابت (لانه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الاداء والابراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به انسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل (ولابي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لانها توثق ليأخذه فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك و (لان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب)

(قوله فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته الخ) أقول بخلاف الوارث اذا كان فانه مطالب بعد موت المكفول عنه لانتقال ما عليه اليه وتعلق حق الطالب بتركته الحاصل أن الوارث اذا كان مطالبا بقضاء دين المورث باعتبار تعلق الدين بتركته وكون الوارث أقرب الناس اليه حتى خلفه في ماله الفاضل عن حاجته فبالتزامه الدين أولى أن يطالب به وأمكن حينئذ ترتب موجب الكفالة بخلاف الاجنبي لانه لا يطالب بدينه بدون الالتزام أصلا فلم تتحقق حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترقا ولقائل أن يقول اذا كان الوارث مطالبا بدينه في الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا تجوز كفالته فاذا جاز كفالة الوجهين المذكورين في الكتاب فكفالة الاجنبي وهي سالم من هذا المانع أولى أن تصح فتأمل (قوله والقدرة انما تكون بنفسه أو بخلفه الخ) أقول فيه شيء

بقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير
جائز باتفاق متكلمي أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمور به وان قلت فقد يقال المال
واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أي الدين (في الحكم مال) لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف
المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المآل فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة
منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم
الفرق بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير
الى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه الى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط
وسيذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان أحذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه

لكنه في الحكم مال لانه يؤل اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة
والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل أوله مال فخلفه أو الافضاء الى الاداء باق

والموصوف بالاحكام الافعال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه) وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط
في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان بقيد الاضافة أي التبرع بالدين وهو
الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل
لانها التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة
بعد موته فانها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالافضاء الى الاداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته
عن الميت المليء وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قولهما على كلا من
انشائها والاخبار بها على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل
الوعد بها وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق ايفائه سيما
لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعدها أو بالاقرار بالكفالة بها حصل المقصود فصلى عليه
ونوقض اثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشتري مفلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ولو
سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه
فعلم أن سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله اذا مات
مفلسا ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن بقي الدين عليه بعد موته مفلسا
وبقاء الرهن انما يكون ببقاء الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة كالعبد
المحجور اذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت
أجيب عن الاول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد
قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر
الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا
الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته تخلف
عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتتأخر المطالبة

لهذه النكتة واستغن عن
اعادتها فيما تشونظيره فيما
سيأتي (قوله والتبرع لا يعتمد
قيام الدين) جواب عما قالا
ولو تبرع به انسان صح يعني
ان التبرع لا يعتمد قيام الدين
فان من قال لفلان على ألف
درهم وأنا كفيل به صحت
الكفالة وعليه أداؤه وان لم
يوجد الدين أصلا ولان بطلان
الدين انما هو في حق الميت
لا المستحق لان الموت يخرج
من قام به عن الحلية واذا كان
باقيا في حق المستحق حل له
أن يأخذ بدينه ما تبرع به
الغير وعلى هذا لا يبطل البيع
بموت المشتري مفلسا لبقائه
في حق البائع فان السقوط
في حق الميت لضرورة فوت
المحل فلا يتعدى الى غيره
بخلاف الفلوس اذا كسدت
فان الملك قد بطل في حق
المشتري فلذلك انتقض
العقد (قوله واذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل أوله مال وبيانه ان القدرة شرط لحق
الفعل اما بنفس القادر أو بخلفه واذا كان به كفيل أوله مال فان انتفى القادر نخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله
أو الافضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل وكأنه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء (الى الاداء) بوجودهما (باق)
بخلاف ما اذا عدما ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر وتقديره بخلفه وهو الوكيل أو الافضاء الى ما يفضي الى الاداء وهو المال باق

(قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول من انه صفة اضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة
حتى يلزم ما ذكرتم هذا ما ذكره في التقرير قبيل باب صفة الحسن للمأمور به ففي كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه الى سبيل الممانعة الخ)
أقول أنت خبير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصدده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ
اشارة الى دليل الثبوت فليتأمل (قوله وسيذكر السند بقوله الخ) أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى

وعلى هذا يشترط في القدرة امانفس القادر أو خلفه أو ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله

نحن بما عندنا وأنت بما * عندك راض والرأى مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف مابه يحصل كفاية أمر الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة أنصاري ليصلي عليه فقال عليه الصلاة والسلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي أو أبو قتادة رضي الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما علي يارسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب أبي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أولا وأما حديث الانصاري فانه يحتمل أن يكون ذلك من علي أو أبي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيه سواء ولا عموم لحكاية الحال و يحتمل أن يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجوازه بدليل ماروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لعلي مافعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن (٤٣١) بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لأجبره على ذلك والحق ان من قال بأن الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم مايضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله أعلم قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) رجل كفل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل أن يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان يكونه قضاه على وجه الاقتضاء بأن دفع المال اليه وقال اني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدي فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها أي في الالف المدفوع وأنثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما أوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي لانه ليس له أن يستردها لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول فمادام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لانه تمحض في يده أمانة

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة مابقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض أمانة في يده

لحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الالف) التي كفل بها (قبل أن يعطيه) أي قبل أن يعطي الكفيل الالف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه (فليس له) أي ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده مالم يقض الاصيل ونحن نبين أنه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما المصنف (لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة مابقي هذا الاحتمال) الحاقا بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا مابقي هذا الاحتمال (و) الوجه الثاني (أنه) أي القابض (ملكه بالقبض على ما نذكر) يريد ماذكره بعد سطر في تعليل طيب

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم الخ) أقول لو صح هذا لم يتم استدلال الحنفية على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليتأمل (قوله ولو كان كفالة لأجبره على ذلك) أقول في الملازمة كلام فان الاجبار موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق الى قوله لعدم مايضم اليه) أقول لعلهم يقولون بضعف الذمة بالموت كما ذكر في كتب الاصول لانها تخرب قال المصنف (فليس له أن يرجع فيها) أقول الضمير المؤنث في فيها راجع الى الالف على تأويل الدراهم (قوله لأن الدفع اذا كان لغرض لا يجوز) أقول قال الاتقاني وهنا الدفع لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل انتهى وفيه شئ

فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وأما انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما أن يحصل من الكفيل أو من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ماوجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب الكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهنا بدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز حتى لو أداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضيخان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا أي لكونه نازلا منزلته لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح وكذا اذا أخذ رهنا أو وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله أي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة من ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا أن المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا هنا هذا ما سنح لي والله أعلم بالصواب الا ان فيه أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب أبي حنيفة بينه في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

(وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به) لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه أخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لانه ملكه حين قبضه أما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه (لانه) أي الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الاصيل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (الا) أي لكن (أخرت مطالبة الكفيل الى أدائه فنزل) ما للكفيل على الاصيل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أي والدليل أن للكفيل حق المطالبة متأخرا أنه (لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل أدائه) أي قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا أدى وجاز أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل أدائه (فكذا اذا قبضه يملكه) يعني اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له (الا) أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خبث) على قول أبي حنيفة (نبينه) عن قريب (فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين) وهو الالف التي قضاه اياها لان الدراهم

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول اذا لم يكن مانع كما في مسئلة الكر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول كما في شرح الاتقاني

وقد قررناه فى البيوع فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد وأما اذا اقتضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلا فى قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من أصل خبيث وفى قول أبى يوسف يطيب لان الخراج بالضمان أصله المودع اذا تصرف فى الوديعة وربح فانه على الاختلاف قال (ولو كانت الكفالة بكر حنطة الخ) ما مر كان فى حكم الربح فيما لا يتعين أما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة قبضها الكفيل من الاصيل قبل أن يؤدى الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له فى القضاء لما بينا انه ملكه قال أبو حنيفة وأحب الى أن يرده على الذى قضاه يعنى المكفول عنه ولا يجب ذلك فى الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن أبى حنيفة رحمه الله وفى رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وفى رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه ومن ربح فى ملكه يسلم له الربح ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكر بنفسه وان كان كذلك كان الربح حاصلا فى ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا اقتضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث أى الذى يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى أول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم فى البيوع فهذا الخبث يعمل فى الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه أى لحق الذى قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا أصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه أن يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار أنه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب

وقد قررناه فى البيوع (ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له فى الحكم) لما بينا انه ملكه (قال وأحب الى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه فى الحكم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده على الذى قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لانه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق فى رواية ويرده عليه فى رواية لان الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له

الدراهم لا تتعين (وقد قررناه فى البيوع) فى آخر فصل فى أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة) فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقى بحاله (فالربح له) أى الكفيل (لما بينا انه ملكه) أى ملك الكر وانما بينه فى ضمن بيان انه ملك المقبوض (قال وأحب الى أن يرده على الذى قضاه الكر ولا يجب عليه وهذا عند أبى حنيفة فى لفظ الجامع الصغير) ولا شك ان ضمير قال لابى حنيفة فقوله وهذا عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير انما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية) أخرى (عن أبى حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الاصل (وعنه) أى عن أبى حنيفة (رواية) ثالثة (انه يتصدق به) وهى رواية كتاب الكفالة منه (لهما أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه) فى ثبوت ملكه من أنه وجب له على الاصيل الخ (فيسلم له ولابى حنيفة انه تمكن الخبث مع الملك اما) لقصور ملكه بسبب أن الاصيل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لانه) انما (رضى به) أى بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطف بالواو فانهما وجهان لا أن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الجنبية وعدم رضا الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه الا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا (فيكون سبيله التصدق فى رواية ويرده عليه فى رواية) أخرى (وهى الاصح لان الخبث لحق الاصيل) لا لحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه (لان الحق له) وهذا يفيد انه يطيب له فقيرا كان أو غنيا وفيه روايتان والاوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (الا انه استحباب لا جبر) لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر فى هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال

(قوله واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول يعنى ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له (قوله وعند أبى يوسف يطيب) أقول مخالف لما فى شرح الكنز للزيلعى من انه اذا دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثمة الا أن يكون عن أبى يوسف فيه روايتان

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الاصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذى ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الامر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمى به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل

أولا أحب الى أن يرده ولا يجب فى الحكم أى فى القضاء وثانيا لكنه استحباب لا جبر يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبره القاضى ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب فى القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام فى وجه قول أبى حنيفة وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما فى البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهى كما لو أدى الكفيل بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب اذا أجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه فكذا فى الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فاذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان ظاهرة فى وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به غير أنه ترجح الرد هذا كله اذا أعطاه على وجه القضاء فلو أعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبى حنيفة فى انه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبى يوسف لما عرف فيمن غصب من انسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل فى قولهما لانه استفاده من أصل خبيث ويطيب له فى قول أبى يوسف مستدلا بحديث الخراج بالضمان (قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره) أى فأمر الكفيل (الاصيل أن يتعين عليه حريرا) أى أن يشترى له حريرا بطريق العينة وهو أن يشترى له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه فيدفعه بائعه الى المشترى المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسطا الثانى تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض الا أن يبيعه عينا تساوى عشرة مثلا فى السوق باثنى عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب الى البخل وتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة فى البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا ذهب فاستقرض فان لم يرض المسؤل أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له فى الحرير والزيادة التى يخسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها (ضمان لما يخسر المشترى نظرا الى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلى وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد حتى لو قال بايع فى السوق على أن كل خسران يلحقك فعلى أو قال لمشترى العبد ان أبق عبدك هذا فعلى لا يصح

قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) اذا أمر الاصيل الكفيل أن يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة فى نيل الزيادة ليبيعه المشترى المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذى ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذى هو مذموم وكأن الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة والا لزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الكفالة والضمان انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك فى هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن بذلك فانه غير صحيح

واما وكالة فاسدة تنظرا الى قوله تعين يعنى اشترلى حريرا بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض دينى وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين أى غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره (٤٣٥) فكيف يكون الثمن مجهولا أجاب بقوله الجهالة مازاد على الدين فانه داخل فى الثمن واذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشترى للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها فى الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثنى عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فتندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ) رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البينة حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به

وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة مازاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة عليه لانه العاقد قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بينته)

(وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لى فهو توكيل لكنه فاسد لانه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشترلى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفاء كان الحاصل اشترلى حريرا يكون ثمنه الذى تبيعه به فى السوق قدر الدين الذى علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لان الزائد على القدر الذى يقع به الايفاء غير معلوم (وكيفما كان) توكيلا فاسدا أو ضمانا باطلا (يكون الشراء للمشترى وهو الكفيل والربح أى الزيادة) التى يخسرها (عليه لانه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض الى أجل ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الاول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الاول بالثمن الذى عليه وهو ألف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم أى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفى رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة بيع التجار ان العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته ثم الذى يقع فى قلبى أن ما يخرجه الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو أو بعضه كعود الثوب أو الحرير فى الصورة الاولى وكعود العشرة فى صورة اقراض الخمسة عشر فمكروه والافلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كأن يحتاج المديون فيأبى المسؤل أن يقرض بل أن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر الى أجل فيشتريه المديون ويبيعه فى السوق بعشرة حالة ولا بأس فى هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فمكروه أو لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك فى خصوصيات المواد وما لم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والافكل بيع بيع العينة (قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بينة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضى

(قوله وهو مذموم الخ) أقول لو صح ذلك تكون الزراعة مذمومة أيضا (قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول فيه شئ

وذلك لان المال المكفول به اما مال مقضى به على الاصيل لدلالة ماقضى بصراحة عبارته ودلالة ماذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر اماهو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضى بمعنى المستقبل كقوله أطال الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا الان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضى خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقيد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضى بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا فى تعليل هذه المسئلة الى أن المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة و بعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس فى لفظ المصنف مايدل على ذلك أصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضى ولم يدعه أومال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن أقام البينة ان له على فلان ألف درهم وان هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب (٤٣٦) جميعا وان ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين

لان المكفول به مال مقضى به وهذا فى لفظة القضاء ظاهر وكذا فى الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أومال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح (ومن أقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بأمره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة)

هذه البينة ولا يقضى بها لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل فى هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لابد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا (والدعوى مطلق عن ذلك) والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبى اذ لا ينتصب خصما (وهذا فى لفظة القضاء ظاهر وكذا فى الاخرى) وهى لفظة ذاب (لان معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة حتى لو ادعى انى قدمت الغائب الى قاضى كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا انه اذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن عن ما باعه أو داينه أو أقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد داينه أو أقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتها فى الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل له بأمر فلان عن فلان فانى أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر

الغائب

(قوله فهو وان كان ضعيفا الخ) أقول لا يخفى عليك ان حكمه بالضعف لا يوافق المسئلة الآتية بعد سطرين ولعل تصديرها بصيغة التمريض اشارة الى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول لو صح هذا لم يتم الجواب فى المسئلة التى مرت آنفا لمكان الشك (قوله وليس فى لفظ المصنف مايدل على ذلك) أقول وليس فيه ما يأبى عنه (قوله أومال يقضى به) أقول ولم يدعه أيضا كما لا يخفى (قوله ومع غيبة الاصيل لا يصح) أقول وليس فى كلام المصنف مايدل على ذلك أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه قضاء على الغائب الخ) أقول قال المحشى الشهير بيعقوب باشا فيه ان القضاء على الغائب صحيح فى مثل هذه المسئلة قال فى الفصول العمادية اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره انتهى ونحن نقول يمكن أن يجاب عنه بأن يقال ان الكفيل يكون هنالك خصما بخلاف ما نحن فيه ويؤيد هذا الجواب ماذكره العلامة الكاكى فى شرحه حيث قال لانه كفل بما قضى له على الاصيل بعد الكفالة فما لم يصر المال مقضيا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا وأحمد ويصح عند الشافعى ومالك ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى أن يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به على الاصيل كما شرط فى عقد الكفالة ألا يرى انه لو أقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر الاصيل ومضى عليه فحينئذ يلزم الكفيل الخ

أحدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هنالك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه أي بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شئ لم يلزمه شئ من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شئ لم يلتفت اليه والثاني الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في أن لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كانا كذلك فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر لأن الحاكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعي ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر (٤٣٧) وقضى بالكفالة بالامر ببينة ثبت أمره بحجة كاملة والامر بالكفالة

يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير أمره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه أي الشأن ان صحة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شئ فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا أبهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر وأقام على

وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت أمره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا

الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل يخصم عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قوله ما بالذكر لانه لم يحفظ عن أبي حنيفة نصا لان في المسئلة اختلافا (وانما قبلت) هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها (لان المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعي مطلقة أيضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لان المكفول به هنالك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة (وانما اختلف) القضاء (بالامر وعدمه) حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده اذا لم يكن أمر فلا يرجع (لانهما) أي الكفالة بالامر وبغير الامر (يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فدعواه أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالآخر) وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (واذا قضى بها) أي بالبينة (بالامر ثبت أمره) أي أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن اقرار الاصيل بالمال) اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بأن عليه للمقضى له دينا (فيصير مقضيا عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فانها (لا تمس جانبه) أي جانب الاصيل (لان صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (انما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل) اذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر) حيث ثبت الامر (وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الاصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في انكاره الدين على الاصيل (مكذبا شرعا) بقيام

ذلك بينة ان له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعروف بذاته واذا كانت بمجهول لا تصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كأنه قال ان كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقا آخر بين ما اذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما اذا أقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما أدى على الاصيل فكذا اذا ثبتت بالبينة وقال زفر لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظالمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا

فيبطل مازعمه كمن اشترى شيأ وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعدما أنكر العيب به ثم أراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه

فيبطل مازعمه قال (ومن باع دارا او كفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع

البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بأن البائع ظالم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة أجيب بأنه انما لا يرد لان قوله لاعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال اما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم وكل وجه على وجهين اما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حق الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شئ واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا وهذا طريق من أراد اثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يبرأ الكفيل وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فأقام المقذوف عليه بينة أنه كان عبد الفلان وأنه أعتقه قضي بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب وثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك ان أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق (قوله ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم أي تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وأيضا (فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فتمام البيع بقبوله) أي بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به) ولهذا ابطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا (وان لم يكن) أي عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع

بالرد بالعيب كذبه في زعمه وأجيب بأنه انما لم يكن له أن يرده على بائعه لان قوله لاعيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال (ومن باع دارا او كفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا او كفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم أي تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما أن تكون مشروطة في البيع أولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم وترغيب من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة أحكام البيع

(قوله وبطلان السعي في نقض ما تم الخ) أقول فيه تأمل

ورغب المشترى لاحتمال أن لا يرغب المشترى فى شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا للقلب فصار كأنه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان أدرك درك فأنا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال فنزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه فى المعنى قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه فى الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلوانى ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه وقيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان فى زمانهم ولم يبق فى زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أولا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع لعدم الملاءمة ولا هى باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا تكون اقرارا بأنه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ماذكر ان (٤٣٩)

ورغب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لان الشهادة لا تكون مشروطة فى البيع ولا هى باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب فى الصك باع وهو يملكه أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

﴿فصل فى الضمان﴾ قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لان الكفالة التزام المطالبة وهى اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه

ورغب المشترى فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة) تسكينا لقلبه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الاقرار بملك البائع) والا كان تغريرا فلا يصح دعواه اياه أصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفى الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية فى ملكه بيعا باتا نافذا ثم كتب بذلك أو كتب جرى ذلك فكذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب فى الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقر بالبيع بحضرتى والشراء ثم كتب شهدت بذلك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فلعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة وقوله (وختم) هو أمر كان فى زمانهم اذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كى لا يطرقه التبديل وليس هذا فى زماننا

﴿فصل فى الضمان﴾ الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أوردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام فى لرجل لام الملك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه (وضمن) الوكيل (له) أى للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لان الكفالة) وهى الضمان (التزام المطالبة والمطالبة اليهما) أى الى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبا مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل عليه شئ حنث

الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب فى الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بشهدى وأما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا أن يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب فى الصك ما يدل على الصحة والنفاذ

﴿فصل فى الضمان﴾ (ومن باع لرجل ثوبا الخ) الضمان والكفالة فى هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها للتغاير فى اللفظ واعلم أن كل من يرجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيأ وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما أى الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة فى البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشترى ما للموكل عليه شئ كان بارا فى يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شئ كان حانثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة

﴿فصل فى الضمان﴾

ولان المال امانة فى أيدى الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فافرضناه أمينا لم يكن أمينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة فى الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك فى التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز لذلك ولقائل أن يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال امانة بأيديهما اذا لم يضمنا فأما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعى الى حكم شرعى فصار كما اذا باع بألف ثم باع بألف وخمسمائة والجواب أن رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثانى ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح فى نصيبه مفرزا أدى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيما فى الذمة من الدين غير متصور وذكر فى الفوائد الظهيرية فى تعليله لان ما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه اذا كان مالا بدليل ان أحدهما لو اشترى بنصيبه (٤٣٠) منه شيأ كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى الا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ فهذا معنى قول مشايخنا ان فى تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل فى تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثانى لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الاجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ماذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شائع فى كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز فى بعض افراده لا تعلق له بالباقى من الافراد ولا خفاء فى اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص فى التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضا لانعقاد الاجماع الخ يجاب عنه بأنه انما تلزم القسمة فيه

(ولان المال أمانة فى أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح فى نصيب صاحبه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك

بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه (ولان المال فى يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أى لا يصح الضمان أيضا فيما (اذا باع رجلان عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضامنا لنفسه) لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء فى مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى الا الباقى فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقى ثم وثم الى أن لا يبقى شئ أو يبقى الجزء الذى لا يتجزأ فظهر ولزم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لانه فى الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا فى عين خارجية والدين وصف اعتبارى ويرد عليه اختيار الثانى ونقل الاجماع على ان أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

(قوله كان للآخر ولاية المشاركة) أقول غير مسلم قال صاحب الهداية فى فصل فى الدين المشترك من كتاب الصلح ولا سبيل للشريك على الثوب لانه ملكه بعقده (قوله ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن) أقول الظاهر أن يقال فما يؤديه (قوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه) أقول تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول أجاب عنه الشارح فى كتاب الصلح بأن القسمة فى صورة البيع ضمنية فلا معتبر لها فراجعه (قوله نقله صاحب النهاية) أقول نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول فيه تأمل

لان ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بأن سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله ألا ترى ان للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة وذكر المصنف رحمه الله فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل اذ الواجب فيها تمليك مال من غير أن يكون بدلا عن شئ والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية

بخلاف ما اذا باعا بصفقتين لانه لا شركة ألا ترى أن للمشترى أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال (ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز) أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية

يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه فعلى الوجه الذى صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعدما أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعدما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثانى ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا الآن بفرق بين ثمرائه بحصته وبين ضمانها أو يخص البطلان بما اذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله (بخلاف ما اذا باعا صفقتين) يعنى بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين بأن باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من ذلك المشترى ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا معا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن احدهما صح الضمان (لانه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ولذا لو قبل المشترى في نصيب احدهما فيما اذا باعا معا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثانى محمول على ما اذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظة البيع عند أبى حنيفة والا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضيخان ولو تبرع يعنى الشريك بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع أسرع جوازا من الكفالة ألا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة به (قوله ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل) هو تمليك طائفة من ماله مقدرة لا دين ثابت في الذمة لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو المهر أو استئجار عين والزكاة ليست كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقى ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما هاشبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة

(قوله لان ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول قال بعض الفضلاء هذا غير مطابق للواقع فان ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وان كان للآخر حق المشاركة ألا ترى ان له أن لا يشاركه ولو كان واقعا على الشركة كما كان له ذلك وبالجملة فوقوع الملك له خاصة منصوص عليه وسيجئ ان شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره والاولى أن يقال ان البيع أمر حكمى وباضافة البيع الى نصيبه مشاعا لا يلزم محذور بخلاف اضافة الكفالة فان اعتبار الشيوع فيه يؤدى الى أن يصير ضامنا لنفسه من وجه وهو غير مشروع فوضح الفرق واندفع الاشكال ثم في صورة البيع اذا اعتبرنا اضافته الى نصيبه شائعا بقوله لما كان هو العاقد وقع الملك له خاصة ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار اضافته الى حق صاحبه من وجه بناء على الشيوع فان الملك للعاقد وان أضاف الى نعد غيره على ما عرف وأما ثبوت حق المشاركة له فسيجئ انتهى ونحن نقول قوله وان كان للآخر حق المشاركة غير صحيح أيضا بل ذلك فيما اذا صالحه عن نصيبه بثوب والتفصيل في الصلح في الدين المشترك ثم قوله وسيجئ يعنى في الصلح في الدين المشترك ثم قوله فوضح الفرق واندفع الاشكال كلام خال عن الفائدة اذ ليس في كلامه ما يدفع الاشكال

وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة وأجر الحارس للمحلة وما وظف الامام للتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو الى فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أو جبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر لمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلما كالتعرف فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه ههنا شرعا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام رحمه الله لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا

وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله وممن يميل الى الصحة الامام على البزدوي وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه

وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة (وأما النوائب فان أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك) العامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وفداء الاسارى) اذا لم يكن في بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شئ فيه (وان أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق أو باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقا (وممن يميل الى الصحة الامام البزدوي) يريد فخر الاسلام أما أخوه صدر الاسلام فأبى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصة منها) اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية قسم بلا هاء لان قسمة في القرآن بمعنى قسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو وليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب) ما هو منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعني في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الاخرى ثم من أصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي أهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا

وان كان من جهة الذي يأخذها بالاولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا أمره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر أمره في الرجوع وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناه ان أحد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق و بغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف التفسيري أو حصة منها أي من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فأصاب واحدا شئ من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال أشار المصنف رحمه الله الى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل أو وأما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب فقيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق

قال (ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر الخ) ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروى عن أبي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة وأجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الابحجة اعتبارا بالاقرار بالدين وأجيب بما أجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر أقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل أن يقول هب انه لادين عليه فيقر به أليس انه قد أقر بالمطالبة فالخصم أن يقول أقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تأخيرها الى أجل فكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ماذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض مالا يخفى والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ماذكر وان الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل والثاني موجود فيما نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولان الاجل في الدين عارض) هو الفرق الثاني ومعناه على آن مالا يثبت بشئ الا بشرط كان من عوارضه ومايثبت له بدونه كان ذاتياله وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لايثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة متنوعاله كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا أقصى مايتصور في الفقه من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لايثبت الا بشرط كان القول قول من أنكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن

(ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لانه لادين عليه في الصحيح وانما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لايثبت الا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار أما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل

هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد أما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطي الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ماذكره من ان الكفالة فيما كان بحق جائزة وبغير حق فيها اختلاف (قوله ومن قال لآخر) المراد الفرق بين مسئلتين احداهما من أقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الاجل القول للمقر له ولو أقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الاجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف قلبه فهو من الكاتب وجه قول الشافعي رحمه الله ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاعتراف بحنطة رديئة أو جيدة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه قول أبي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر أن الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر أن العاقل لايرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحال الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا للعارض لانوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعي) أقول يعني بفساد الاعتبار وفيه شئ (قوله والجواب ان المصنف ذكر الفرق الاول الخ) أقول وعندي ان الفرق الاول أيضا صحيح لايرد عليه ما أورده فان المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمته في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك والمقر بالكفالة لم يقر بشئ في الحال بل يدعي ذلك المكفول له والكفيل ينكره فتأمل وهذا كلام اجمالي كتبته تذكرة

والشافعي ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف فيما روي عنه ألحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى (٤٣٤)

والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالاول وأبو يوسف رحمه الله فيما روي عنه ألحق الاول بالثاني والفرق قد أوضحناه قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل

الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فاذا أقر بنوع منهما فلا يلزم بالنوع الآخر بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فانها صفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وهذا مخلص عمن ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان أنكر يكون كاذبا وخاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال معجل فمنكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ماله اليوم قبله شئ أرجو أن لا يكون به بأس ان كان لا يقصد به اتواء حقه (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل) وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به بالمبيع (لا ينتقض البيع) أي لا ينفسخ (على ظاهر الرواية) واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ماذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع في الضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول أن يرجع على بائعه مالم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضي بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك رأسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت فبقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ وصحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة أو انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشئ من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه مالم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة وقوله (وموضعه) أي الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الاصل) يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا الترتيب سائر الكتب تبركا بما أملى به أبو يوسف فان محمدا أخذ ما أملى وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به ثلاث الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف

له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية مالم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال أبو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الاصل أراد بترتيب الاصل

(قوله ووجب للمشتري الخ) اقول فيه شئ الا أن يكون وجب بمعنى ثبت

وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء أبي يوسف في هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبه الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) ذكر ههنا ثلاث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فامابطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وماليس بمضمون على الاصيل لاتصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما فتعذر العمل به وأما جواز الثاني أي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبيناله فوجب العمل به وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لامحالة أي على كل حال وتقدير وهو التزام مالا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لايساعده المستحق أوحرا فلا يقدر مطلقا والتزام مالا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه أو تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح وأجيب بأن فراغ الذمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ذكر أبو زيد في شروطه ان أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن فهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز قيل وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر لان الواجب عند التعزعن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره متعذرة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لايلتبس فضيلة هذا مايدل عليه كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف في العهدة أيضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية وأما ضمان العهدة فقد ذكر هنا أي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ماذكره المصنف فكأنه اعتمد على مافي الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله أعلم بالصواب .

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لايصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لامحالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصح

أبي عبدالله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ماهي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان أصول أبوابه من أمالي أبي يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبي يوسف أصلا ثم يزيد عليه تفريعا تتميماله (قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة) المراد فانها (تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري وتقال لنفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد وتقال على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند أبي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لايصح عند أبي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) ان قدر عليه (أو) تسليم (قيمته) وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما تصحيحا للكلام فتمت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لايجوز باتفاق ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا أن الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا أما اذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على ارادته فيجوز بالاجماع

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع قال (واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الخ) اذا اشترى الرجلان عبدا بألف فالثمن دين عليهما بالاصالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف أصيلا وفي النصف الآخر كفيلا فما أدى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى أقوى ما عليه كما اذا اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب به أقوى لحاجته الى القبض (٦٣٦٤) في المجلس وما عليه بحق الاصالة أقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة لدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها او ينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة ان لم يكن عليه فيما بحق الاصالة شئ لانتفاء المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لا لانتفائه (قوله ولانه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله (لان أداء نائبه كادائه) بيان الملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له أنت أديته عني بأمري فيكون ذلك كادائي ولو أديت عن نفسي كان لي ان أجعل المؤدى عنك فان رجعت علي وأنا كفيل عنك فأنا أجعل عنك فأرجع عليك لان ذلك الذي أديته عني

باب كفالة الرجلين

(واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لان أداء نائبه كادائه

باب كفالة الرجلين

لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه (قوله واذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا معا عبدا بألف) أو اقترضا معا (وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد) وجه بن أحدهما (ان كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الاول وضعف الثاني (لان الاول دين) عليه (والثاني مطالبة) بلا دين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الاقوى تقدمياله على الاضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة لا يقال ان هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الائمة الثلاثة لهذا الا أن يصرفه بنيته أو بلفظه الى أحدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصالة ألا ترى ان المريض اذا اشترى في مرض موته شيأ كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيته قلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلا ونصفه بيع وعين صح اذ في الجنسين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مفيد ثانيهما (انه لو وقع في النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لان أداء نائبه) يعني كفيله بأمره (كادائه) بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن اذا جعله كله

باب كفالة الرجلين

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها لكون أحدهما راجحا لا لانتفائه) أقول ضمير انتفاؤها راجع الى المعارضة وضمير لا لانتفائه راجع الى أحدهما (قوله مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول قوله وهو راجع الى محال قال المصنف (لان أداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور) أقول في الملازمة ما لا يخفى قوله لان أداء نائبه كادائه ان أريد كادائه عن نفسه بحق الاصالة أو ما يعمه فسلم ولا يفيد وان أريد كادائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كادائه عن كفيله فليتأمل

فهو أداني فى التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففى تقدير أدائى كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فأدى الى الدور ولم يكن فى الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لمنقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة فى الصحيح (وكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لان ما أدى أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة فى النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

فيؤدى الى الدور (واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

عن صاحبه فنقول بذلك لم يرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له أن يرجع الا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه فى احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليه اصالة وخمسون الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عليه من الكفالة (فيؤدى الى الدور) وما يؤدى اليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذه منه فاذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به من الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة (قوله واذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا ومعنى المسئلة فى الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر الى أنها مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل) لانه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الاصيل) بالتزام المطالبة بما عليه (وكما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر (واذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجيح للبعض على البعض) ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) واذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدى الى الدور لان قضية هذا الاستواء) للاستواء فى العلة وهى الكفالة (وقد حصل برجوع أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدى بلا موجب بخلاف ما تقدم) لا استواء فيه فى العلة فان أحدهما علته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلذا لا يرجع الا بما زاد على

قال المصنف (وبالكل عن الشريك) أقول فيه بحث قال المصنف (فتجتمع الكفالتان على ما مر) أقول قبل ورقتين فى تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان

لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى الى الدور كما تقدم وانما قال فى الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فانه قال (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدياعنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما وقال (وان شاء) يعنى من أدى منهما شيأ (رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ولو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله

على مابيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا أخذه به وهو ظاهر

قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين الخ) اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع ذلك فان أدى أحدهما شيأ لم يرجع على شريكه بشئ حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها انعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرماء أن يطالبوا أيهما شاؤا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق فاذا طلبوا أحدهما وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة الخ) واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبتكما على ألف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلا أما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك وجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه أى باداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما ان أديت الالف فأنت حر وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلا بألف عن صاحبه

ثم يرجعان على الاصيل لانهما أدياعنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه) لانه كفل بجميع المال عنه بأمره قال (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به قال (واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين قال (واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا فى حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالالف فى حق صاحبه

النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول فى المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثانى صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذى ترجع على به بسبب انك أديته عنى هو كأنى أديته بنفسى فكأنى أنا الذى أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك فى بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول (ثم يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الاصيل لانهما أدياعنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بأمره) ثم أداه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله) (قوله واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى) كتاب (الشركة) من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين فى كفالة الرجلين) المديونين بدين واحد والله الموفق (قوله واذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبتكما على ألف الى عام (وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للائمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ولانه كفالة ببدل الكتابة وهو باطل وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان

قال المصنف (واذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول ليس هذا موضع مال (قوله أى باداء كل واحد منهما) أقول الاولى أن يطرح كلمة كل فانهما يعتقان باداء واحد منهما

كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيدنا بها وأما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما
تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة أعني
الكفالة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما أداه أحدهما رجع بنصفه
على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء لانتفت المساواة ولو لم يؤديا شيأ حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق
لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى
النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى غير موضعها واذا أعتق استغنى عنه (٤٣٩) وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما

وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه
لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال (ولو لم يؤديا شيأ حتى أعتق المولى أحدهما جاز
العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق
وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل
على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا
يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان أخذ
الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بأمره وان أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه
أدى عن نفسه والله أعلم

باب كفالة العبد وعنه

انه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيجعل عليه وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا
بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر
معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما
فينقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر
تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على
صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤديا شيا) حتى ان المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف
لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة) لحصول عتقه بطريق آخر (فيسقط
ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل بعتقهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح
الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق (فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما
فوجب أن يتنصف وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة)
وأورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز أجيب بأن هذا في حالة البقاء لا في
الابتداء كالمومات شهود النكاح (فان أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى وان أخذ الآخر به
لم يرجع) على الذي عتق (لانه) ربما (أدى عن نفسه)

باب كفالة العبد وعنه

ولهذا يتنصف وعورض بأنه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بادائه عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء أما المعتق فبالكفالة وأما صاحبه فبالاصالة فيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة
وهي باطلة وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق
الثبوت فان أخذ الذي أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لانه أداه عنه بأمره وان أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع ترتيبه يقتضي تقديم كفالة
العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه

باب كفالة العبد وعنه

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق) أقول وبدأ بالكفالة عن العبد للقرب (قوله وفيه ما فيه) أقول فان عادة المصنفين
ذكر الاجمال على وفق التفصيل وفيه منع

قال (ومن ضمن عن عبده مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة قوله فهو حال وعدل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير وهي قول محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا أقر بالاستهلاك وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا أودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الاعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبده مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شئ لتناولها ما اذا أقر العبد باستهلاكه المال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى أو أودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤاخذ بذلك كله المال أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملئ أو المفلس واما كونه حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا الكفيل بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضا الا بعد الاجل أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر أي بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلا ثم اذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا أو عبدا فانه بموته يبرأ

(ومن ضمن عن عبده مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا أنه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا أدى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ

أخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق (قوله ومن ضمن عن عبده مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا أودع شيأ فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير أن يشرط في الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حالا ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة) وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) انما (لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أي بتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الاصيل منتف من الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كما لو كفل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الاصيل لا يلزمه وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تأخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى فانه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضا المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره أعني تصرف المقرض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه أحدهما فنفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا بيع رقبته فيه الا أن يفديه المولى هذا هو المرجع في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر) صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ

(قوله الى عبارته في الكتاب) أقول قوله الى متعلق بقوله عدل في قوله وعدل عن عبارة محمد

الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيدا التى بعدها ولبيان الفرق بينهما (فان ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة) عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان فى حق الاصيل الى القيمة فكذا فى حق الكفيل بخلاف الاول أى الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيده باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذى اليد أو بنكوله عن اليمين حيث تقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا أقر الكفيل بما أقر به الاصيل قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره الخ) اذا كفل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو اما أن يكون عليه دين مستغرق أولا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الثانى صحت ان كانت بأمره لان ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل المولى عن عبده فهى صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديونا كان العبد أو غير مديون فاذا صحت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة قد انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

الكفيل) لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول عنه بنفسه حرا قال (فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته) لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال (واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

الكفيل لبراءة الاصيل) وهو ظاهر لا فرق فى ذلك بين كون المكفول به حرا أو عبدا وانما فرضها فى العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهى قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعى البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل) فهو كما لو كفل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذى على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل فى قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه (قوله واذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأدى أو كان المولى كفل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر) بشئ (و) نقل (عن زفر رحمه الله) فى شرح الجامع (انه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الاول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبى غير المأذون غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تباع رقبته فى دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يعمل أمره اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق فى ماليته فيعمل اذنه له فى أن يكفل عنه وفى بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليست صحيحة لما بينا أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أولا فان قيل دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يقضى من ماليته وهى ملك المولى فأى فائدة فى هذه الكفالة أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا الا أن يسلمه ليباع وقد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر (قد زال) بالعتق فان الاداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر (فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره

بغير أمره فبلغه فأجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشئ لذلك ونوقض بأن الراهن اذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه وأجيب بانه مغالطة فان كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضا غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيأ من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لان التوثيق للمطالبة واذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة بل قد تكون ضررا واهيا (قوله ولانه) دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط الا بالاداء أو الابراء وقوله (ولا يمكن اثباته) دليل (٤٤٣) آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره أن الكفالة ان صحت به فلا يخلو اما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه أو مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما أما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم ألا ترى أن الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا أو زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو ألزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيأ

تكملة

بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد) لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد

بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدى الكفيل لا يرجع) لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع (٢) لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر دينا الا أن يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لانها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذه وبين الراهن اذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا أجيب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحريتهما اذ ذاك فجاز أن يرجع على المولى أما ههنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لانه) أي عقد الكتابة (ثبت مع المنافي) وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده وان ثبت فانما يثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن اثباته) أي اثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (واثباته مطلقا) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى

(قوله وانما قال بمال الكتابة الخ) أقول فيه رد لصاحب النهاية حيث قال التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فانه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط انتهى الا أن في تعليل مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأملا (قوله أما في بدل الكتابة الى قوله وتقريره أن الكفالة ان صحت الخ) أقول وتقرير الاول عندي ان مال الكتابة دين ثبت مع المنافي في النص وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد النص فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة وتقرير الثاني انه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لا تصح الكفالة به لانه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل والكفالة لتوثيق المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل ثم أقول قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره محل بحث اذ لا يخفى نبو كلام المصنف عما ذكره بل الظاهر أن قوله ولانه دليل آخر على المدعى وقوله ولا يمكن اثباته تتميم للدليل والله الهادي الى مستقيم السبيل (قوله أما الاول فظاهر) أقول فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز الخ) أقول معطوف على ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله أما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر

(٢) قوله أن ما يقع في نسخة العلامة البجراوي أن ما لا يقع وكتب عليها بالهامش أصل النسخ بحذف لا النافية فليتأمل مع ما يأتي. اهـ

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما بما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر اذا اشترط موجب احداهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه أخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفو الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هي النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به وأما شرطها فسنذكره في أثناء الكلام وكذا حكمها وأنواعها

كتاب الحوالة

قال في البدائع الاصل أن كل ما لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به انتهى وفي التتارخانية انه يجوز احالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب أو وديعة واذا صحت الحوالة برئ المكاتب وعتق وقال فيه وان أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيده ببدل الكتابة لا تصح وان قيد ببدل الكتابة صحت وصار المكاتب وكيلا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق مالم يؤد فان مات سيده قبل الاداء الى آخر ما ذكر في التتارخانية قال الاتقاني يحتاج ههنا الى معرفة أربعة أشياء المحيل وهو الذي عليه الدين والمحتال له وهو الدائن والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال به وهو المال انتهى وفي معراج الدراية يقال أحلت زيدا بماله على رجل فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال عليه ومحال عليه وتقدير المحتال في الفاعل على محتول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح وقولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل (قوله والبراءة تقفو الكفالة) أقول اذا لم يكن بأمر (قوله وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول هذا التعريف بناء على الصحيح مما اختلف فيه المشايخ على ما سيجيء

وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

تمكينه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده) للعلة الاولى لان له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده وقسمها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة وأما العبد التاجر اذا دان مولاه دينا فان لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلا له فالكفالة باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا أن الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما ستعلم بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها وأيضا أثر الكفالة أقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال أحلت زيدا بماله على عمرو فاحتال أي قبل فأنا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محتال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول وأما صلته مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل أيضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحتال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ ان الدين أيضا ينتقل أولا وسنذكره من قريب فلو أريد التعريف على

قال (وهي جائزة بالديون الخ) الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان أما الجواز فيدل عليه النقل والعقل أما الاول فما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده الى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل أمر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأمورا به من الشارع فدل على جوازها وأما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة وأما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محول شرعي

وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه وأما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو أي الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلابد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاحد من أهل العلم وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك وأحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء وأما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بأن ذوي المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضاهم وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا

قال (وهي جائزة بالديون) قال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلابد من رضاه وأما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه

قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين أو قول الناقلين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالديون) قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مطل الغني ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظ يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملىء فليحتل قيل وقد روى فاذا أحيل بالفاء فيفيد أن الامر بالاتباع للملاءة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا أحيل على ملىء فليتبع لانه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الامر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر انه أمر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا أو المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضاررة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب أضمر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها دفعا للحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال فلان الدين حقه وهو) أي الدين (الذي ينتقل بها) أي بالحوالة (والذمم متفاوتة) في حسن القضاء والمطل (فلابد من رضاه) والا لزم الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه (وأما المحتال عليه فلانه) الذي (يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه) ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه)

(قوله وقلنا انه الزام الدين الخ) أقول فيه بحث فان الدين كان ثابتا في ذمته فليتأمل قال صاحب البدائع ولنا أن الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف باداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى فيه تأمل

لأن المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بأمره وقيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بأمره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ تكون اسقاط المطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح الا برضاه والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحتال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلاثة بناء على أن ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضا من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى أنها توجب براءتها عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته ولا ابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ولو أبرأ المحال عليه أو وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني أن المحتال اذا أبرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل (٤٤٥) ولو انتقل أصل الدين الى المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة فان الابراء حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد مال المحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال لا تصح لبراءته بالحوالة وعند محمد على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول أبي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر فالراهن اذا أحال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن وفيما اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لأن انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رحمه الله لا يبرأ لأن الحوالة كالكفالة لأن كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن أبي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله الكفالة كالحوالة لما ذكرناه وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو أن الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم بخلاف مفهوم الآخر لغة

لأنه لا يرجع عليه اذا لم يكن بأمره قال (واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما

عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه (لأنه لا يرجع الا بأمره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره وأول في الاوضح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه أعني نفس المحتال عليه فلا تصح الا برضاه كذا في الخبازية واشتراط رضا المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا لأن للمحيل ايفاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا ونقل ابن قدامة ان رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها علي فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت (قوله واذا تمت الحولة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط (وقال زفر لا يبرأ) من المطالبة أيضا

(قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراطه الخ) أقول ضمير اشتراطه راجع الى الرضا ثم ان القائل هو الكاكي (قوله وقيل لعل الخ) أقول القائل هو الخبازي نقلا من الاوضح (قوله وعلى هذا اشتراطه الخ) أقول قوله اشتراطه مبتدأ وقوله ليس على ما ينبغي خبره (قوله لأن انتقال الدين بلا مطالبة الخ) أقول لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن للقول بانتفاء المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ما ذكرتم لأن المطالبة ليست بلازمة للدين نفسه بل لانتقاله اذ لا فائدة في انتقاله بدونها بخلاف وجود أصل الدين بدونها فان فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليتأمل فان الكلام محلا بعد قال المصنف (اذ كل واحد منهما عقد توثق) أقول وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول من غير تعين كما في الكفالة فيها كما تقدم

عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية والتوثق باختيار الاملا والاحسن فى القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا

فالنظر فى خلاف المشايخ أولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر فى خلاف زفر فالقائلون ان المذهب لا ينقل الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضى ذلك فمنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل أصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر على القبول فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال المحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل أجنبيا عنه وتوكيل الاجنبى بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا أبرأ المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على المحيل ولو كانت الحوالة بأمر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما فى الكفيل الا ان لم يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة فى حقه سواء فلا يرجع والقائلون ان المذهب ينقل الدين استدلوا بأن المحتال اذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقى الدين فى ذمته صح وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فعند أبى يوسف ينقل الدين والمطالبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين قال وفائدة هذا الخلاف تظهر فى مسئلتين احداهما ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله ان يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه عنه وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن والثانية اذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبى يوسف لانه برئ بالحوالة وعند محمد يصح ويبرأ المحيل لان أصل الدين باق فى ذمته وانما تحولت المطالبة ليس غير وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة فى بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها فى بعض الاحكام ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين اذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لان الحوالة تأجيل معنى ألا ترى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو معنى التأجيل فاعتبر المعنى فى بعض الاحكام واعتبر الحقيقة فى بعضها نعم يحتاج الى بيان كيفية خصوص الاعتبار فى كل مكان وسيجيب المصنف عن بعضها فى خلافية زفر هذه اذا عرف المذهب حينئذ جئنا الى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة بل تحقق فيها الاشتراك فى المطالبة ولان عدم الانتقال أدخل فى معنى التوثق اذ يصير له مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم) لغة لانها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة (لان الاحكام) يعنى العقود (الشرعية) المسماة بأسماء تعتبر فيها معانى تلك الاسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثق) والتوثق أن يطالب كلا منهما قلنا بل التوثق لم ينحصر فى ذلك بل يصدق باختيار الاملا والايسر فى القضاء فيكتفى به فى تحقيق معنى التوثق فى مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينتهض على زفر فانه قال ببقاء الدين والمطالبة على الاصيل أما الطائفة من المشايخ القائلين بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه اذا قال الحوالة تنبئ عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف فى تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قال لزفر ان تحقيق التوثق يحصل

فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم وهو يقتضى بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعانى اللغوية واعترض بان الحوالة بغير أمر المحيل فتم الحوالة صحيحة بأمر ولا نقل ثم أولا تحويل وهو نقض اجمالى والجواب أنا لا نسلم أن لا نقل فيها فانها بعد أداء الدين تظهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل شئ (قوله والتوثق باختيار الاملا) جواب لزفر وتقريره سلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملا أى الاقدر على الايفاء لسعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو فى الحقيقة تنزل فى الجواب بالقول بالموجب وقوله (وانما يجبر على القبول) جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعانى اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب أن لا يجبر المحتال على القبول أى لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبى وباداء الاجنبى المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم أن المحيل متبرع فى النقد وانما يكون متبرعا كالاجنبى ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو يحتمل فلا يكون متبرعا

باختيار

قال (ولا يرجع المحتال على المحيل الا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد وانا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود أو تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ

قال (ولم يرجع المحتال على المحيل الا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل أى اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشئ الا أن يتوى حقه على ما يأتى من معنى التوى وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة أى عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما فى الابراء وتأيد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة اذ ظنا أو مطلقا والثانى ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيد كم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثانى لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف فى الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثانى كالمشروط فى العقد الاول لكونه هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة فى حق المحال به كوصف السلامة فى المبيع بان اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه فى الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله أو تنفسخ الحوالة لفواته أى لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشترى اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك فى العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رحمه الله جمع بين طريقى المشايخ رحمهم الله

باختيار الاملاء الخ غير متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا مخوفا قد يتوقع فأما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلا عما اذا وقعت بغير اذن المحيل وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ الا انه قد يقال لو صح هذا صح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيها نقل الدين أيضا بهذا الوجه لانه اذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شئ والحق ان أصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل الاحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتفاء الفعل منه والنقل انما هو فى حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا أن يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى) بموت أو افلاس أو غيره وهو قول أحمد والليث وأبى عبيد وعن أحمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب فى المحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به (لان البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على على رضى الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هى مقيدة معنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثانى لان الذمم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت فى احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل

(قوله كان له على على رضى الله تعالى عنه الخ) أقول ليس فى حديث على كرم الله وجهه ما ينافى ما قلنا لعدم دلالته على موت المحال عليه مفلسا كما لا يخفى

واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال اذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بأن المحتال وقت الحوالة مخير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحتال عليه وبين أن يأباها ابقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين عليه ولا يعود الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ماعليه لم يرجع على الآخر بشئ وكالمولى اذا أعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشئ والجواب أن قوله اذا اختار أحدهما تعين عليه اما أن يريد به شيئين أحدهما أصل والآخر خلف عنه أو كل واحد منهما أصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم أنه اذا اختار أحدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن للتوثق فاضافة التواء الحق الى وصف يقتضى ثبوته فاسدة في الوضع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الامرين الخ) توى المال اذا تلف وهو عند أبي حنيفة يتحقق بأحد الامرين اما أن يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحتال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما أن يموت مفلسا

فصار كوصف السلامة في المبيع قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الامرين اما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا)

الثاني على الوجه الاحسن والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل فصار كالوصالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلم يعود يؤيده ما روى عن عثمان رضى الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح بمثل ذلك وهذان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافآ هذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أى يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس تنفسخ ويعود وفي الجحود يفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا أنه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كلما ظهر لاحدهما مال أخذه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا يدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا اما الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لأدى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض والا لجاز للمحتال أن يشترى شيأ من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشترى به من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض وأما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا أحال بهما فلو افترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد وأما كون المحتال لا يصير اسوة الغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو أن المحال أخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحويل بين المحال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به ما لم تثبت اليد بدليل ان العبد المأذون اذا كان عليه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين اما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه) للمحتال ولا للمحيل فقوله (له) يعنى كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مفلسا) لا مال له معينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين

المحتال

قول المصنف (فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول بأن اشترى شيأ فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشترى وهذا التقرير ناظر الى الكلام الاول فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين

لان العجز على الوصول الى الحق وهو التوى فى الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما أما فى الاول فلما ذكرنا وأما فى الثانى فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان وجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته وهذا الاختلاف بناء على أن الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معناه فى الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر فى المبسوط وعن الشافعى أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال أفلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضى أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا فى الطلبة قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) اذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بأمره قد تحقق باقراره الا أنه يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان أقامها بطل حق المحتال عليه فى الرجوع فان قيل لم لا يجوز أن تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه أجاب بقوله لانها قد تكون بدونه أى الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول قول المحيل) فان قيل الحوالة حقيقة فى نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما فى الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان فى ذلك نوع مخالفة للظاهر

لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى فى الحقيقة (وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته) وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضى عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال (واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره الا أن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه قال (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال انما أحلتك لتقبضه لى وقال المحتال لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه

المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضى يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضى على المحيل والتوى التلف يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تو وتاو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففى الشافى والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين (قوله واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل) انما (أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق فى حقه وهو قضاؤه دينه بأمره ولان المحيل يدعى دينا عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهى المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هى حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالاداء من وجه والقبض (واذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال انى أحلتك لتقبضه لى فقال المحتال بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعى عليه) أى على المحيل (دينا وهو ينكر) فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعى فى وجه وفى وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر انما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد وقول المصنف (ولفظة الحوالة مستعملة فى الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه) جواب عنه وهو بناء على تساويهما فى الاستعمال ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئ فيهما والا فادعاؤه مجازا متعارفا يخص قولهما فان الحقيقة عند أبى حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس

(قوله فان لفظ الحوالة الخ) أقول كما سيجىء فى كتاب المضاربة أحل بمعنى وكل فراجعه قال العلامة الكاكى قيل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمال المجاز لا يخرجه عن ارادة الحقيقة أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن ارادة الحقيقة ولو لم يخرجه كان محتملا فلا يدل على الاقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما فى الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول فيه شئ

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذى له فى يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب والثانى أن يقيدها بالدين الذى له على المحال عليه والمطلقة وهى أن يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فى يده وان كان له ذلك عليه أو فى يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له فى يده عين أيضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هى أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانه تحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التى على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه أن يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم فى الكفالة والمؤجلة هو أن يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل مؤجلا على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذى فى يد المحال عليه وديعة وقوله لانه أقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين أحدهما أن الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان أقدر والثانى أن الوديعة حاصلة بعينها لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلأن تكون جائزة بالعين أجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شئ عليه لتقيدها بها أى لتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها و يبطل بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوب وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمديون على آخر كذلك وأحال المديون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤديه من الالف التى للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة وهى الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبا وبالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذى قيدت الحوالة به بعدها

تعلق

قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء فان هلكت برئ) لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا وحكم المقيدة فى هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه

الائمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكى وكنت وكيلا فى بيعه عنى والمقبوض مالى ويقول المحيل كان المتاع ملكى وانما بعته لنفسى فالقول للمحيل لان أصل المنازعة وقع بينهما فى ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق فى سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالة مثل له على أو فى ذمتى لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بما له من اللفظ ومنه نحو قوله اتزنها فى جواب لى عليك ألف للتيقن بعود الضمير فى اتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لانه أقدر على القضاء) لتيسر ما يقضى به وحضوره بخلاف الدين عليه (فان هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بها) أى لتقيد الحوالة بالوديعة التى هلكت (فانه) أى الرجل (ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة ب (مغصوب) عرض أو ألف درهم مثلا فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل أو القيمة فاذا هلك فى يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لان) له خلفا و (الفوات الى خلف كلا فوات) فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا) بأن يحيله بدينه الذى له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام مقيدة بعين أمانة وبعين مضمونة وبدين خاص (وحكم المقيدة فى هذه الجملة) أعنى الاقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين (لان الحوالة) لما قيدت بها

(قوله والمطلقة الى قوله على نوعين حالة ومؤجلة) أقول قوله والمطلقة مبتدأ وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول قوله وقوله مبتدأ وقوله بيان لجوازها خبره

لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل عليه أو بيده فتعلق به حق استيفائه وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذها ولو دفعها المودع أو غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعدما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء

لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقى له مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهى حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده

(تعلق حق الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين الى المحيل ضمنه للطالب فانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغى أن يختص المحتال بذلك الدين الذى أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وان كان) أى المحتال (أسوة الغرماء) فيه (بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقى) للمحيل (حق المطالبة) بما أحال به من الامر المعين (فيأخذه منه بطلت الحوالة و) الواقع (انها حق المحتال) فليس له أن يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا أو عينا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقيد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين انه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه والفرق أن الهبة من أسباب الملك وكذا الارث فلك المحتال عليه ما فى ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالاداء ولو أدى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه فى الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما فى ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فبقى دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه (وقوله بخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل أن الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهى أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالالف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى لى عليه فاذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لانه) أى الشأن (لا تعلق لحق المحتال به) أى بذلك العين أو الدين لوقوعها مطلقة عنه (بل بذمة المحتال عليه) وفى الذمة سعة (فبأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع الى الدين أو الغصب أو عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شئ وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف وهى على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التى هى على الاصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الاصيل قبل أن يؤدى ولكن له اذا لوزم أن يلازمه واذا حبس أن يحبسه والمطلقة المؤجلة له على رجل ألف الى سنة فأحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغى أن تثبت مؤجلة كما فى الكفالة لانه تحمل ما على الاصيل بأى صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على

اشارة الى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا فى عدم بقاء حكم الاخذ للمحيل والراهن وهو أن الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيأ سوى العين الذى له بيد المحال عليه أو الدين الذى عليه فالمحال اسوة الغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه فى حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحال كان أسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه فى صحته وحق الغرماء لم يتعلق فى صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذى بيد المحال عليه للمحيل والدين الذى له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فتكون بين الغرماء وأما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) اشارة الى قوله أن لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لان الضمير للشأن لا تعلق لحق المحال به أى بما عند المحال عليه أو عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفى الذمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤدى دين المحال من الوديعة والغصب وللمحيل أن يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت

قال (وتكره السفاتج الخ) السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسى معرب أصله سفته يقال للشئ المحكم وسمى هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو أن يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع

استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة وأما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل انما أورد هذه المسئلة فى هذا الموضع لانها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة أيضا فى الديون والله أعلم

قال (ويكره السفاتج وهى قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا

﴿ كتاب أدب القاضى ﴾

المحتال عليه لان حلول الاجل فى حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتأتى ذلك فى حق المحال عليه لانه حى محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين فى أحكام الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حى حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما فى ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتج) جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشئ المحكم سمى هذا القرض به لاحكام أمره وصورته أن يدفع فى بلدة الى مسافر قرضا ليدفعه الى صديقه أو وكيله مثلا فى بلدة أخرى ليستفيد به أمن خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا رواه الحرث بن أبى أسامة فى مسنده عن حفص بن حمزة أنبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمدانى قال سمعت عليا رضى الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو مضعف بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه أبو الجهم فى جزئه المعروف عن سوار أيضا وأخرج ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجات حرام وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخارى والنسائى وابن معين وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفى الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد ولو لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما فى الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لى سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وفى كفاية البيهقى سفاتج التجار مكروهة ثم قال الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس به كذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذى يحكى عن أبى حنيفة انه لم يقعد فى ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما أورد القدورى هذه المسئلة هنا لانها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم

﴿ كتاب أدب القاضى ﴾

﴿ كتاب أدب القاضى ﴾

(قوله ثم قيل) أقول القائل صاحب النهاية

﴿ كتاب أدب القاضى ﴾

قال فى لطائف الاشارات فى كتاب الرجوع من شهادة الكافى القاضى بتأخير الحكم آثم وعزل وعزر انتهى قال الامام السرخسى فى مبسوطه وان طمع القاضى أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضى الله تعالى عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفى رواية ردوا الخصوم من ذوى الارحام ولا ينبغى له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع فى الصلح لان فى الزيادة على ذلك اضرارا بصاحب الحق وان لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو فى سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردهم وانما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك

قال (ولاتصح ولايةالقاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشهادة ويكون من أهـل الاجتهاد) أما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة

لما كان أكثر المنازعات فى الديون والبياعات والمنازعات محتاجـة الى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضى محتاج اليها فأفادها وهو أن ذكر ماينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة أدبا لانها تدعو الى الخير والادب فى الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو أن تجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه أدب زيد يأدب أدبا بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاك الى طعامه فهو آدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بنى بكر بن وائل

ورثوا السؤدد عن آبائهم * ثم سادوا سؤددا غير زمر

نحن فى المشتاة ندعو الجفلى * لاترى الآدب فينا ينتقر

ومنه ماذكر أبو عبيد فى قول ابن مسعود ان هـذا القرآن مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنـه أيضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبتـه بفتح الدال أى تأديبه وكان الاحمر يجعلهما لغتين قال أبو عبيد لم أسمع أحـدا يقول هـذا غـيره وأما القضاء فقال ابن قتيبـة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعنى باكماله وفى الشرع يراد به الالزام ويقال له الحكم لما فيـه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التى تجعـل فى رأس الفرس وأما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل أثموا هذا اذا كان السلطان لايفصل بنفسه فان فعل لم يأثموا كما فى البزازية وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لانه لابد من ايصال الحقوق الى أربابها بالزام الممانعـين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقـد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعـالى وأن احكم بينهم بمـا أنزل الله وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولاتتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له بم تقضى فقال بكتاب الله قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال فان لم تجد قال أجتهد برأيى فأقره وعليـه اجماع المسلمين (قوله لاتصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى شرائط الشـهادة ويكون من أهـل الاجتهاد) هذا لفظ القدورى وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه أتى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الاولى (أما الاول) وهو أنه لابد أن يكون من أهل الشهادة (فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعـقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا فى قذف والكمال فيه أن يكون عدلا عفيفا عالما بالسـنة وبطريق من كان قبله من القضاة ﴿فرع﴾ قلد عبد فعتق جاز أن يقضى بتلك الولاية من غـير حاجة الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتـق كذا فى الخـلاصة فى أول كتاب القضاء وذكر بعده ورقة لو قلد قضاء مصر لصبى فأدرك ليس له أن يقضى بذلك الامر ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسـلام يرتفع أما الصبى فلا ولاية له أصلا وما فى الفصول لو قال لصبى أو كافر اذا

لما كان أكثر المنازعات فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى والقاضى يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهـذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضـة محمودة لذلك يتخرج بها الانسان فى فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد ويجوز ان يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولاشك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعـد الايمان بالله بها أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا صلوات الله عليهم أجمعين قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وأن احـكم بينهم بما أنزل الله ولاتتبع أهواءهم قال (ولاتصح ولاية القاضى الخ) لاتصح ولاية القاضى حتى يجتمع فى المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولى بلفظ اسم الفاعـل اشارة الى أن القاضى ينبغى أن يكون قاضيا بتوليـة غيره لابطلبه التولية شرائط الشـهادة مـن الاسـلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون أى المولى من أهل الاجتهاد أما الاول يعـنى اشـتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى أى يسـتفاد مـن حـكم الشهادة

(قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول ماذكره يقتضى ايراده عقيب كتاب الدعوى وأيضا كان ينبغى أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذى قبله على ماهو دأبهم (قوله قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة الخ) أقول ليس فى الآية دلالة عـلى أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف (حـتى يجتمع فى المولى) أقول قال فى الكفاية المولى على صـيغة اسم المفـعول ليكون فيه دلالة على تولية الغـير اياه بدون طلبه وهو الاولى للقاضى على ما يجئ ان شاء الله تعالى انتهى وفى وجه الدلالة نوع خفاء فانه يطلق عليه المولى وان طلبه (قوله لابطلبه التوليـة) أقول كما يدل عليه صيغة التفعل فانها التكليف الذى يستلزم الطلب (قوله شرائط الشهادة) أقول أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين وقوله شرائط فاعـل لقوله يجتمع الذى تقدم فى قوله حتى يجتمع فى المولى

لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت أعم وأكمل من ولاية الشهادة أو مترتبة عليها كانت أولى باشتراطها وعبر المصنف بقوله فيستقي استعارة الاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا أنه لا ينبغي أن يقلد لانه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه أشار الامام البزدوي وقوله وهذا اشارة الى أن استحقاق العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار (٤٥٤) الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي أن الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا

لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله

أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فاما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان اذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاء منه غير أنه بعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا أنه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا أن عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك أن السلطان لا ينعزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع وأما المذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شئ الا فيهما وقد اختلف في قضاء الفاسق فأكثر الائمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد والحاصل أنه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك ولو ولى صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى أن لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فان قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية فولي (ففسق) وجار (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا)

(قوله لان كل واحد الخ) أقول في دلالته على الصغرى كلام يندفع بما في النهاية من اعتبار الاشهرية قال في النهاية هذا من قبيل بيان حكم المرجع أي مرجعهما الى أصل واحد وهو أن يكون القاضي حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا كما في الشهادة لا أن يكون حكم القضاء مبنيا على حكم الشهادة لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ولان أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة وكمال الولاية بالقضاء وكمال الشئ لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلا لاهلية القضاء بهذا ولان الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لان ولاية القضاء الخ) أقول هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكمل من ولاية الشهادة) أقول اذ به يقطع النزاع (قوله أو مترتبة عليها كانت أولى الخ) أقول في ثبوت الاولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى لا يقال ان القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة شرطا لها بالطريق الاولى لكونه مشروطا بذلك الشرط لانه مغالطة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز الى قوله في غيرهم) أقول فيه ان ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل نعم يدل على عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فانه لا يصح أن يكون ما ذكر مبنيا لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول مسلم كما لا يخفى فان قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء (قوله وهذا اشارة الى أن استحقاق الخ) أقول الظاهر اسقاط أن في قوله الى أن الخ ثم أقول وعلى الاول تدل عبارة الكافي حيث قال ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون اشارة الى ذلك) أقول بتأويل ما ذكر

والاول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الايمان يزيد و ينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه (وقال بعض المشايخ انه اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بأن قول الفقهاء البقاء

أسهل من الابتداء ينافي جواز

وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها

الضاربون والاسمر قنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ولا شك انه لو لزم ذلك انعزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا وصلت الى بلدة كذا فأنت قاضيها واذا وصلت الى مكة فأنت أمير الموسم والاضافة كأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان أولا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق ففي البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر والغلبة ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الى موتة وأمر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله ابن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة ثم لا يصير قاضيا الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل أما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه و ينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الائمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكر البزدوي وهو حسن لان حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث الى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وان كان كتب الى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوما الى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهداء للتودد وحرام من الجانبين

التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن ينبني عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر أميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة أميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في أن الامام أو الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة أن مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة ألا ترى ان من الامراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه وأما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة

(قوله والاول أظهر لقوله الخ) أقول وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الاظهرية (قوله وقيل هذا بناء الخ) أقول فيه بحث (قوله والاول ثابت) أقول يعني قوله البقاء أسهل (قوله وامتناعه الخ) أقول يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشيوع في الهبة الخ) أقول كما اذا رجع الواهب في البعض الشائع او استحق البعض الشائع (قوله وأما مبنى القضاء الخ) أقول اذا كان عدلا وقت التقليد

(والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف أن ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب
وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل
أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاده نفسه اذا كان له
رأى فان لم يكن له رأى وسأل فقيها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره
في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل أن يكون المراد به

وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق حذار النسبة الى الخطا وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

كالاهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال هذا اذا كان فيه شرط أما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي اليه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على انه لا بأس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانته للدين (وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذارا أن ينسبه فقهاء عصره الى الخطا وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية بل للاولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال أجتهد برأيي لا يلزمه اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشئ فانه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر رأى الاصوليين على أن المفتي هو المجتهد وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين اما أن يكون له فيه سند اليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب

من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله (خلافا للشافعي) فانه علل له بقوله (ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود لتحري غيره بالاتفاق فلو وصلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو أن يصل الحق الى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأنا حديث السن فقلت تنفذني الى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت
في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد   محمد

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيأ الخ) أقول فيه بحث فان مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيأ من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعني العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام (قوله وشبهه بالتحري) أقول يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم فصار كالتحري فانه لا يصل بتحري غيره (قوله فانه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل

وينبغي للمقلد أن يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى أبي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولا منها فان المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء فاذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع في قلبه انه الاصوب أولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه وعلى هذا اذا استفتى فقيهين أعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى أن يأخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان أولى ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق في حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به لانه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا أو نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه لقوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به والغالب أن مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا أخذ العامي في كل مسئلة بقول مجتهد قوله أخف عليه وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن أمته والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله وينبغي للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا بأس للقاضي أن يأخذ وان كان غنيا مثريا وان احتسب فهو أفضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل فيه الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سلمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه علي خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر فرزق القاضي لا يقدر بشئ لانه ليس بأجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس فانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله

(نعم ينبغي للمقلد أن يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين) وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل

(قوله فلا يلتفت الى ما قيل الخ) أقول وقد مر في باب الاحرام من كتاب الحج

(قوله وفى حد الاجتهاد) اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه فى التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أى مع ماذكرنا من أحد الامرين (صاحب قريحة) أى

وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه) لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف

عنه وأخرجه الطبرانى من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من أمر المسلمين شيأ فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى أبو يعلى الموصلى فى مسنده عن حذيفة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن فى العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذى له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذى نصبه الخليفة وأطلق له التصرف وكذا الذى ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فان له ان يولى ويعزل كذا قالوا ولابد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب فى ديارنا يطلق لهم التصرف فى الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط فى السلطان وفى التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضى جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه (قوله وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه وحاصل ذلك الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة فى الفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الاول نسبته الى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه وفى الثانى عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معانى الآثار والمراد بمعانى الآثار المعانى التى هى مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث وعلى الثانى سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان ولا شك فى ذلك لانهما متضادان لان كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وهو تحرزه من القياس فى معارضة النص ومعرفة معانى الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معانى الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما واشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقى الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطات أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع فى القياس فى مقابلة الاجماع وأقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس فى معارضة قول الصحابى ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لابد منه فى المجتهد فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده فى طلب الظن بحكم شرعى عن هذه الادلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدى فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف)

طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادى ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سببا له من عرف أو عادة فان من الاحكام ما يبتنى عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطى العجين وغير ذلك قال (ولا بأس بالدخول فى القضاء الخ) ولا بأس بالدخول فى القضاء لمن يثق بنفسه أنه اذا ولاه قام بما هو فريضة وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه أنه يؤدى هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بأن الدخول فى فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما فى صلاة الجنازة وغيرها وأجيب بانه كذلك الا أن فيه خطر الوقوع فى المحظور اما

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول قوله له خبر ويجوز أن يكون حالا وان يكون صفة بل هو أولى (قوله من عرف أو عادة) أقول للتحير فى التعبير (قوله وتعاطى العجين) أقول أى استقراضه فان القياس يأبى جوازه لعدم امكان معرفة المساواة فيه لعدم امكان معرفة ما دخل فى كل منهما من الماء (قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه تأمل

فكان به بأس قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء واعتبر بلفظ الشرط لان أكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا بأخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بعقد ارمعين مثل أن يقول لي على فلان أوله على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها ألا ترى ان أبا حنيفة رحمه الله دعي الى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير أصحابي فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين رواه أبو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد أن يزدري هذا اللفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه اذا قلد من غير مسئلة لا بأس به وقال (الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه)

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء العالم عن الفساد

أما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنهما الرواية أبي داود عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الاول فانه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد ورواه أحمد واسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الاسناد وأخرجه ابن ماجه وفيه فضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث وصححه أيضا الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قلد علي شريحا الامام وأما انه فرض كفاية

فيما اجتهد (ولا يوفق له) اذا كان مجتهدا (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة) ان كان غير مجتهد وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لانه يلتزم أن يقضي بحق ولا يدري أيقدر على الوفاء به أو لا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره ممن يصلح للقضاء (فأما اذا كان هو الاهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (واخلاء العالم عن الفساد) في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع أحكام الله تعالى

(قوله فكان به بأس) أقول سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بجاري على عمومه (قوله كي لا يصير الدخول فيه شرطا أي وسيلة الى مباشرة القبيح) أقول فيه بحث فان شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعى كون الدخول شرطا لصدق تعريفه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أبا حنيفة الخ) أقول فيه أن قصة أبي حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف (والصحيح الخ) أقول فالحديث محمول على القاضي الجائر أو الطالب (قوله لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول فيه بحث فان المجتهد اذا أخطأ يثاب وعندي الاصوب أن يقال فلعله يخطئ ظنه أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضي بالحق لعله يخطئ اذ ربما ظهر الطمع الكامن الذي كان غافلا وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل الى بعض الاشياء والخوف (قوله ان كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم

فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى وحاصل ما هنا أنه ان لم يأمن على نفسه الحيف أي الجور أو عدم اقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وان أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم تنحصر الاهلية فيه وان انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين حسنه الترمذي وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوي له لحيته فبينما هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه اذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه وقد جاء في التحذير من القضاء آثار وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة فقال أبو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال أبو حنيفة كأني بك قاضيا وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة ما وجدت القاضي الا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى أتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما ليتقلده وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أباذر اني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره وأخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه الى عنقه فان حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي وأخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء فقال أتهنونني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين وأما ما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه أولا مغلولة يده الى عنقه الى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولفظ أبي داود من طلب القضاء واستعان عليه وأخرجه الترمذي أيضا على أنس مرفوعا من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو أصح من حديث اسرائيل يريد سند الاول وأصح من الكل

قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي له أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس ابن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف أي فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس أمارة بالسوء لان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه وأعجب فيحرم التوفيق وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق

(ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه

حديث البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أوتيتها عن مسئلة وكلت اليها وان أوتيتها عن غير مسئلة أعنت عليها واذا كان طلب الولاية أن يوكل الى نفسه وجب أن لا يحصل لانه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لانه محذور (قوله ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج) هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في أقضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولى القضاء قبل تسليم الحسن له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام المجاعة واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام وبها مات وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته نوبة علي التي ذكرها المصنف هي كونه رابعا بعد عثمان وقيد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار ستقتلك الفئة الباغية وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت رضي الله عنها لابن عمر يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري قال رأيت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت أما والله لو نهيتني ما خرجت وأما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي اسحق قال كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة أشهر وفي تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله بن أبي مريم الاموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى أصبهان وتوفي بها وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله ابن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكرة رضي الله عنهم وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر (لان المقصود لا يحصل من التقلد) حينئذ وهو ظاهر هذا واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا أو يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة ﴿فروع في العزل﴾ للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزله نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة فلا علك ابطاله وعن أبي يوسف لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صوره اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابي هذا فأنت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجوز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء

(قوله ثم يجوز التقلد) تفريع على مسئلة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز التقلد لاهله بين أن يكون المولي عادلا أو جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنهما في نوبته دل على ذلك حديث عمار ابن ياسر وانما قيد بقوله (في نوبته) احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين وليس الامر كما قالوا بل أجمع الامة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله (الا اذا كان لا يمكنه من القضاء) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالتقلد) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما اذا كان يمكنه)

(قوله احترازا عما يقوله الروافض) أقول ويحتمل أن يكون احترازا عن خلافة معاوية استقلالا

(وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للالزام) فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وهنا ليس كذلك وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها وقوله شيأ فشيأ منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه أي يسألان شيأ فشيأ عنها وليس بشئ لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله تبينت له حسابه بابا بابا قال (وينظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لانه نصب ناظرا) لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولي الواجد يحل عرضه وعقوبته أي حبسه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول الا بالبينة) لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه) فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك (وان لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس (٤٦٣) أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق (لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه) أياما اذا جلس يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر فان حضر والا فان رأى القاضي أن يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر أمره كي لا يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هنالك كفيلا على ما سيجئ هو أن في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم

وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال (وينظر في حال المحبوسين) لانه نصب ناظرا (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) لان الاقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه (فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره) لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كي لا يؤدي الى ابطال حق الغير

كتب أوقافهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا ليلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضاه ختما عليه خوفا من طرو التغيير وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة (قوله وينظر في حال المحبوسين) فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة (فمن اعترف بحق ألزمه اياه) ورده الى السجن الا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده اذا لم يثبت له مال وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلا وأطلقهم حتى ينظر في حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بـ) واحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لاسيما) وهي (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أحمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه أمين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضا الا بحجة (واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما وجب حبسه (لا يعجل) باطلاقه (لان فعل القاضي ظاهرا) ما كان الا (بحق) فيحتاط لخصمه الغائب

(قوله وهذا السؤال أي سؤال المعزول) أقول أو سؤال أمينه فالسؤال هنا مضاف الى مفعوله (قوله قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أي يستعطيان القاضي المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثلا يستعطيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال أي الاستعطاء على هذا الوجه ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم (قوله شيأ فشيأ منصوب) أقول يعني منصوب على المفعولية (قوله لان الاقرار ولي الواجد يحل عرضه الخ) أقول قال صاحب البدائع قال النبي عليه الصلاة والسلام لي الواجد يحل عرضه وعقوبته انتهى فان قيل من أين علم أنه واجد قلنا من حبس القاضي المعزول فان الظاهر انه لو لم يعلم يساره لم يحبسه قال المصنف (لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة) أقول فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول (قوله فان لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول يعني بعد النداء (قوله على ما سيجئ) أقول في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب

وتمدهوفان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى الظاهر بل المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لامر موهوم وقيل أخذ الكفيل دونه بناء على الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر في المبسوط الصحيح ان أخذ الكفيل هنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا كفيل لى أولا أعطى كفيلا لانه لم يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو ان يعمل بما تقدم عليه شهرا (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لانه نصب ناظرا في أمور الناس (فيعمل في المذكور على حسب ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده) لان الاذ لمعلمه من جهة (وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيهما الا أن يعترف ذو اليد أن المعزول سلمها اليه فيقبل قول المعزول فيها لانه باقرار ذى اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول بها كأنه بيده الآن) ولو كانت بيده وعلم بانه أقر بها فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع (الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغير من أقر له القاضى فيدفع الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من جهة القاضى) والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة أوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشئ مما أقر به المعزول أو يجحد كله فان كان الثانى فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شئ وان كان الاول فاما أن يقول دفعه القاضى الى وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضى وهو المذكور فى الكتاب أولا بتعليله واما أن يقول دفعه القاضى الى ولا أدرى لمن هو وحكمه كحكم المذكور فى الكتاب والتعليل التعليل واما أن يقول دفعه الى القاضى المعزول وهو لفلان غير من أقر له القاضى وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع من القاضى فقد أقر باليد له فصار كأن المال فى يده لما ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح واما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضى ودفعه الى القاضى وهو المذكور فى الكتاب آخرا فحينئذ وحكمه ان المال يسلم الى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من جهة القاضى ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقر ان اليد كانت للقاضى وباقراره لغير من أقر له القاضى أتلف المال على من أقر له القاضى فكان ضامنا المثل أو القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما أن يبطل ما بعده أولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضى وبين ما بدأ بالاقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له

(وينظر فى الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو فى يده) لان كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول) لما بيناه (الا أن يعترف الذى هو فى يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها) لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضى فيصح اقرار القاضى كأنه فى يده فى الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضى فيسلم ما فى يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من جهة القاضى

فينادى عليه وصفته أن يأمر كل يوم اذا جلس مناديا ينادى فى محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضى يفعل ذلك أياما فاذا احضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهما وان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب، وأمارته انه فى حبس قاض والظاهر أنه بحق فان قال لا كفيل لى وأبى أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فان لم يحضر أحد أطلقه وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما أما على قول أبى حنيفة فلا كما قال فى أصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتى والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابى حنيفة ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفى ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضى بحق ولكنه مجهول فليس أخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله انى مظلوم حتى تمضى مدة يطلق فيها مدعى الاعسار كان جيدا (قوله وينظر فى الودائع وارتفاع الاوقاف) الكائنة تحت أيدى أمناء القاضى والذى فى ديارنا من هذا أن أموال الاوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذى يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البينة) انه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذى هو فى يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هى فى يده اذا أنكر وقال هى لى الا ببينة (لما بينا) انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضى لانه هو المخصوص بان يكتفى بقوله فى الالزام حتى ان الخليفة الذى قلد القاضى لو أخبر القاضى انه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله (الا أن يعترف الذى فى يده أن) القاضى (المعزول سلمها اليه)

(قوله فان الحق للغائب ثابت بيقين) أقول اطلاق اليقين على ما ثبت نظرا الى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له) أقول يعنى ويسلم القيمة (قوله وهو المذكور فى الكتاب أولا الخ) أقول فيه تأمل فان المذكور فى الكتاب ولا لا اختصاص له بما ذكره بل يعم الصورتين الاخيرتين أيضا

ثانيا في الوجه الرابع ويمكن أن يجاب عنه بأن الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يدله لصدوره عن الاجنبي عن المقربه فاسد فاذا أقر باليد لشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك والله أعلم قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كي لا يشتبه مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وأرفق بالناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة وأما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة

قال (ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع أولى لانه أشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة

فحينئذ اما أن يقول سلمها الي ولا أدري لمن هي أو يقول سلمها الي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لانه يثبت باقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اقراره أو يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ويدفع لمن أقر به لانه أقر باليد للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو يبدأ بالاقرار فلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من أقر له الامين ويضمن مثله ان كان مثليا أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من أقر له به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه أقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغير من أقر هو به فيصير هو متلفا ذلك على من أقر له القاضي باقراره لغيره فيضمنه هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهدوا بذلك (فرع يناسب هذا) لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشئ لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كي لا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا المفتي والفقيه (والمسجد الجامع أولى لانه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد أما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له فالاولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان الأن الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه) أي القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد (والحائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولان المساجد بنيت للصلاة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد ولا بد من كون أحدهما كاذبا حانثا في يمين غموس وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن ضع الشطر

(قوله وروي عن أبي حنيفة انه قال والمسجد الجامع أولى) أقول يعني انه قال والمسجد عطفا على الكلام السابق

وبخاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن الناس بالدخول فيها

من دينك قال كعب قد فعلت يارسول الله قال قم فاقضه وأخرج الطبراني مسندا الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا يوم الجمعة اذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يارسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثانية فقال يارسول الله أقم على الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يارسول الله أقم على الحد قال وما حدك قال أتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يارسول الله ألا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها فسألها فقالت يارسول الله كذب علي والله اني لا أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك فقال يارسول الله مالي شاهد فأمر به فجلد حد الفرية ثمانين جلدة وأما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع منهم هذا ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهم ما وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيأ كثيرا ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأسند الامام أبو بكر الرازي الى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك فما قيل انه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده الى ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند الى سعيد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة والى محمد ابن عمر قال لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم امرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولى أبا طوالة القضاء بها فكان يقضي في المسجد قال أبو طوالة ثقة يروي عن أنس بن مالك والى اسمعيل بن أبي خالد قال رأيت شريحا يقضي في المسجد والى الاسود بن شيبان قال رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو انكاره عن أحد وأما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وانما أخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن قال وأمر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنه عليه وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها فيخرج اليها القاضي) أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره فحسن به) بشرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحدا من الناس لان لكل أحد حقا في مجلسه وعلى قياس ما ذكرنا في المسجدان الاولى أن يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته لانه اذ ذاك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول عما هو فيه ولا بأس بأن يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الاخبثين أو به حاجة الى الجماع والحاصل انه لا يقضي حال شغل قلبه وأصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان معارل به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر الا أن يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا

تعزيرا

(قوله ونجاسة المشرك) جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) اذ لا يصيب الارض منه شيء (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها أو الى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة) فان قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك) قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول اليها لان لكل أحد حقا في مجلسه

(ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (اذ في الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة قال (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما انه لا يقبل الهدية فلأنه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن الاتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا واستعمل

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال (ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه

تعزيرا (و) ينبغي أن (يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة) الرشوة أو الظلم وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال أحمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء واذا أمكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي اما له خصومة أولا فان كانت لا يقبل منه وان كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم وان لم يكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فان زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الاسلام الا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب الا اذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذا لم تكن خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسئلة الدعوة عن شيخ الاسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته الا اذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء ان كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولايته قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط

عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال من أين لك هذا فقال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وأن لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فانه ليس بأكل على القضاء بل هو جري على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما أن يكون ذا خصومة أولا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا أي سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن والثاني اما أن يكون قريبا أو ممن جرت له العادة بذلك أولا والثاني كذلك لانه أكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عندما ازداد ماله بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله ثم ان أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على أربابها ان عرفهم واليه أشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما أهدى اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم

(ولا يحضر القاضي دعوة الا أن تكون عامة) قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار

ولا يحضر دعوة الا أن تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين

أن بعينه والهدية لا شرط معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر رضي الله عنه أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى الى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة الا اذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال يقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وغيره وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان المحرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبي سواء وما في الهدية محمول على انه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فاذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى فقد آل الحال الى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أولا وعندي أن ما حكى عن القاضي أبي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما الخاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لهاتين الخصلتين أو لخصوص من الناس ولانه أضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا فلو يكفى عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله أعلم وعند الشافعي وأحمد يحضر الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضرها وهو الذي كان يقضي قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له والا لا يعوده وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنائز واذا استنصحك فانصح له فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا

شمس الائمة السرخسي رحمه الله واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية بحيث يجوز قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما أحدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الاسلام أبو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الآخر أو الى التهمة قال (ويشهد الجنازة ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعوده واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشمته كذا في تنبيه الغافلين

(ولا يضيف أحد الخصمين لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم الا أن يكون خصمه معه (ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (واذا حضرا سوى بينهما الخ) اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فان كان أحدهما من ولاه والآخر فقيرا أو كانا أبا وابنا يسوي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب الى القاضي فتفوت التسوية ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كي لا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولان فيه كسر القلب الآخر فيمنعه عن طلب حقه فيترك) وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) وينبغي أن يقيم بين يديه رجالا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس

(ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال (واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لانه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لانه يذهب بمهابة القضاء

عطس فحمد الله يشمته وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب أبي أيوب الانصاري فلما حضر غداؤنا أرسلنا اليه فأتانا وقال دعوتموني وأنا صائم فلم يكن لي بد من أن أجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ان ترك شيأ منها فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الآخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه فلما قال اني أريد أن أخاصم قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولان فيه تهمة) الميل (قوله واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال) لما روى اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب الى أبي موسى عبد الله بن قيس الاشعري أن آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك (ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير فأجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الآخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

بينهما وبهذه المسئلة تظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام فأجلس عليا رضي الله عنه مجلسه وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا لا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما ولا يسند القاضي ظهره الى المحراب وهذا رسم زماننا قالوا وهو أحسن لانه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم أما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الائمة الثلاثة ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب واذا حضروا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدئاهما بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشئ غير ما بينهما فاذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بأن يقول اسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها والا فاله قم فصحح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع فان قال أريد جوابه سأله والاصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء العلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم واستثار محمد أن يقدم الدعوى الاول فالاول ويضع على ذلك أمينا لا يرتشي يعرفه السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا تخافه الناس وأنكر الائمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيئا أمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هذا افساد عظيم ليس لاحد أن يمنع أحدا من التقدم الى باب القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل وينبغي أن يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشم ويقرب من القاضي واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل أن يجلسهما على ما ذكرنا فهذا أيضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا سافر استصحب رجلا سيئ الادب فقيل له في ذلك فقال أما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس يختلفو الاحوال والادب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مراداته الخير لا حشمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب وان يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتبا أمينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كي لا يقع السجل فاسدا بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الائمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو وجه الشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل انه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قاله عزيمة لان القاضي

قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء شرع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل وأما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهدان بالالف فالقاضي ان قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخير قول أبي يوسف يشير الى اختيار المصنف رحمه الله والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم

(قوله تلقين الشاهد الى قوله مكروه ولانه اعانة الخ) أقول تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره

منهي

﴿ فصـل فى الحبس ﴾

مهى عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبى يوسف رخصة فانه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لان مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق اذا لم يعنه على أداء الشهادة ويحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة فى كتاب الصلاة وأيضا أمر باكرام الشهود فان الله يحيى بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتى بخصمه يقال شخص من بلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتأخير قول أبى يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحى وقد لا يلزم ويكفى كونه أخر دليله فى ذلك وفى فتاوى قاضيخان لا ينبغى للقاضى أن يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الائمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه وكيل القاضى تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا أبيع ولا أشترى ولا أرتشى وقال بعض أشياخ المالكية ينبغى للقاضى أن يرتفع عن طلب العوارى من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشترى فى غير مجلس القضاء وينبغى للخصوم اذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضى فاذا سلموا لا يجب على القاضى رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج فى أحسن ثيابه والله الموفق

﴿ فصـل فى الحبس ﴾ أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفى المذكور بقوله تعالى أو ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة وذكر الخصاف ان ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم ولم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وأبى بكر سجن انما كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن فى زمن عمر ولا عثمان أيضا الى زمن على رضى الله عنه فبناه وهو أول سجن بنى فى الاسلام قال فى الفائق ان عليا بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفى ذلك يقول على رضى الله عنه

الا ترانى كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا * بابا حصينا وأمينا كيسا

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأنى فى الامور والمكيس المنسوب الى الكيس وأراد بالامين السجان الذى نصبه فيه والمحبوس فى الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا العيد ولا الجمعة ولا الصلاة جماعة ولا الحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لانه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغى أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد وفى غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق آدمى بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما اذا مات والده أيخرج فقال لا ولو مرض فى السجن فأضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب فى هلاكه ولو احتاج الى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لانه قد يفضى الى المقصود من الايفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر فى الحبس فيحبس فى الدرهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك

وهو مشروع بقوله تعالى أو ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا أنه لم يكن فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم سجن وكان يحبس فى المسجد أو الدهليز حيث أمكن ولما كان زمن على رضى الله عنه أحدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضى نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضى بد من أن يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى

﴿ فصـل فى الحبس ﴾ (قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا الخ) أقول وقد مر ذلك من المصنف فى أوائل كتاب الحدود (قوله فسماه مخيسا) أقول خيس تخييسا ذلله فتخيس بالخاء المعجمة قال فى القاموس مخيس كمعظم انتهى قال فى النهاية المخيس بالكسر أى المذلل من التخييس وهو التذليل وروى بفتح الياء وهو موضع التخييس وهو الذى اختاره فى المغرب

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار أو بالبينة فان كان الاول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في أول الامر لان من حجته أن يقول ظننت انك تمهلني فلم أستصحب المال فان أبيت أوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس وان كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بانكاره وروى عن شمس الائمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك ووجهه أن الدين اذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له دينا على فاذا علمت الآن لا أتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر للطالب وان مرض وله

قال (واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لان الحبس جزاء المماطلة فلابد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال (فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

(قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلابد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار (اذ لعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال) وانما تظهر اذا أمره بعد اقراره فامتنع (أما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره) وفي الفوائد الظهيرية وعن شمس الائمة السرخسي عكس هذا وهو أنه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن على دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الاقرار والبينة (قوله فان امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كـ) القرض و (ثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناه به) والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به يعني اذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على ايفائه ومالم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما لزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله اني فقير

خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم أخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه أحد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده قال

(فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا الخ) فان امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وأنكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلهذا قابل القدوري ما التزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فتأمل

قال القدوري (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) يعنى ضمان الغصب وأرش الجنايات (اذا قال انى فقير) لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (الا أن يثبت المدعى أن له مالا ببينة فيحبسه) وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدلا عن مال ومالم يكن (لان الاصل هو العسرة) اذ الآدمى يولد ولا مال له والمدعى يدعى عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه (ويروى أن القول قوله الا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه عرف دخول شئ فى ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعى ومالم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل فى ملكه شئ ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة أقوال وفى المسئلة قولان آخران أحدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر (٤٧٣) والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما فى نفقة المحارم والآخر أن يحكم الزى ان كان زى الفقراء كان القول له وان كان زى الاغنياء كان القول للمدعى الا فى أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون فى الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزى فيهم دليل اليسار وقوله (وفى النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر فى كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفى كتاب العتاق أن أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الآخرين أما تأييدهما للذى كان القول فيه لمن عليه فى جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى

قال (ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه) لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه وروى أن القول لمن عليه الدين فى جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى أن القول له الا فيما بدله مال وفى النفقة القول قول الزوج انه معسر وفى اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤديان القولين الاخيرين

فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبسه فيما سوى هذين) النوعين (اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لانه وجد دلالة اليسار) أى قدرته على الدين المدعى به هكذا ذكر فى الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه فى جميع ذلك) أى فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكما لفعله لا لعقد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف (لان الاصل هو العسرة) فى حق كل أحد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال أولا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف أطلقه الا أن يقيم المدعى البينة على قدرته وعندنا يحبسه ولا يسأله فان قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أى للمديون (الا فيما بدله مال) كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعى ونسب الخصاف هذا القول لابى حنيفة وأبى يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزى ان كان بزى الفقراء فالقول قوله فى الفقر الا أن يثبت المدعى قدرته وان كان بزى الاغنياء فالقول للمدعى الا فى الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزى فيهم لانهم يتكلفون فى لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الاغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فان القاضى يسأل المدعى البينة على ذلك فان أقام البينة انه كان عليه زى الاغنياء جعل القول قول المدعى فان لم يقدر على البيان حكم زيه فى الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينة اليسار والاعسار قدمت بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا أن يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فانها تقدم لان معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسئلتين محفوظتين نصا عن أصحابنا بالاخلاف احداهما أن المرأة اذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال انه معسر ليعطى نفقة الاعسار أن القول للزوج والثانية أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيأ ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف (والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين) يعنى قول القائل القول لمن عليه فى جميع ذلك

(قوله يعنى ضمان الغصب) أقول فيه ان ضمان الغصب دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده فوجد فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما صرح به فى البدائع وجوابه أن وضع المسئلة فيما اذا ثبت هلاك المغصوب أو غصبه منه عند القاضى وما فى البدائع فيما اذا باعه لآخر مثلا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذى ذكره المصنف آنفا والاصل ابقاؤه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم باقدامه على التزامه باختياره (قوله فلانه جعل القول قول الزوج الخ) أقول لا يخفى أن ما ذكره مغالطة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين فان المراد باليسار فى قولهم واقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الابقاء ولا كذلك فى النفقة

مع أنهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ماذكر أولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر و بدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران وقوله (والتخريج على ماقال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقريره انه أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بابراء من له أو بايفاء من عليه (٤٧٤) وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله

والتخريج على ماقال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره و يروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة أشهر

وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال أما تأييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق فلو كان الصحيح المذكور أولا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار وأما تأييدهما الثاني فلانه لما لم يكن بدل المهر و بدل العتق مالا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تأييدهما القول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ماذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال أو بعقد فلا يكون القول للطالب وكونه بخلافهما فالقول للطالب فان البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهه وهو الفعل الحسن الموضوع سببا أعني العتق و يؤيدان القول الاخير وهو أن القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل في المسئلة ليس مالا و يجعل القول للمديون تأيد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما توهم أنه يفيد الشمول والا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له في جميع الديون كما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فالذي لا شبهة فيه انما بطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير وأجاب المصنف عن الابطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند أبي حنيفة وهذا معنى قوله (والتخريج على ماقال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضا فيرجع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) اذا (كان القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدي ما عليه (فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره) وهو شهران أو ثلاثة وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الأجل شهرا والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروى (أو أربعة أشهر الى ستة أشهر) وهو رواية الحسن

حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته الا بالايفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره واعساره أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال وأما توقيته فلانه لاظهار ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر و يروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الأئمة الحلواني وهو أرفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر الى ستة أشهر

(قوله مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق) أقول أنت خبير بأن الالتزام في صورة الاعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا بدل الاعتاق مجردا على الالتزام فلا نقض (قوله بدل المهر) أقول الظاهر أن يقول بدل النفقة عن (قوله فعلم أن الصحيح هو القولان الاخيران) أقول كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان الا أن يقال المراد أن الصحيح لا يعدوهما لا أن كلا منهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول الانفاق لا يكون دينا فلا وجه لهذا التأويل والاصوب أن يقال على تأويل الدين وان يرجع الضمير الى كل من النفقة وضمان الاعتاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول في الكفالة (قوله و يروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول قوله بشهر متعلق بمقدر

والصحيح ان شيأ من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر فى السجن فى مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التى ضجر الآخر فان وقع فى رأيه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج فى البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان أحوط اذا لم يكن حال منازعة أما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفى لان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفى وان استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلفه القاضى فان نكل أطلقه وان حلف أبدا لحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضى عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى وهى ليست بحجة فللقاضى أن يعمل برأيه ولكن لو سأل كان أحوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما اذا أنكر المشترى جوار الشفيع وأنكر ملكه فى الدار التى بيده فى جنب الدار المشتراة فأقام الشفيع بينة ان له نصيبا فى هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضى لا يقضى بهذه البينة فما الفرق بينهما وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما فى نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شئ معلوم لان القليل والكثير فى استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فان لم (٤٧٥) يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى برأيه أو بعد مضى المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفى بعض الشروح جعل قوله يعنى بعد مضى المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه ما لم تمض المدة وليس كذلك فان أصحابنا ذكروا فى نسخ أدب القاضى وقالوا اذا ثبت اعساره أخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك (ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضى المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية ففيه روايتان (تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعليها عامة المشايخ) وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يحبسه وبه كان يفتى الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن أبى حنيفة رحمهم الله وفى أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفى فلا تقبل الا اذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت فاذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال فى الكتاب) أى القدورى (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعنى المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس (فى الملازمة) هل للطالب ذلك أولا (وسنذكره فى باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى)

والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه قال (فان لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضى المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال فى الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام فى الملازمة وسنذكره فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

عن أبى حنيفة أى ما بين أربعة أشهر الى ستة أشهر رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير فى هذا غير معتبر بل هو مفوض الى رأى القاضى اذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضى بعد مدة انه لو كان له مال فرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به فان شهد شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين أبد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال أطلقه ولو رأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد فى رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن أبى حنيفة ونصير بن يحيى

(قوله وفى بعض الشروح جعل قوله الى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شئ من ذلك) أقول المراد من البعض هو الاتقانى وسيظهر جواب آخر آنفا بأن ما فى الكتاب على رواية الاصل فاندفع الاشكال على أن ثبوت الاعسار يكون بالبينة وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد تخلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فافهم (قوله فان أصحابنا ذكروا الى قوله أخرجه من الحبس) أقول ممنوع فانه يفهم مما ذكره أيضا انه اذا لم يظهر له قبل مضى المدة لا يخليه قال المصنف (ولا تقبل فى رواية) أقول وهذا اذا كان أمره مشكلا وافلاسه غير ظاهر بين الناس والا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعنى المنع عن ملازمة المديون) أقول لعل الصواب يعنى عدم المنع كما لا يخفى

وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (الا اذا امتنع من الانفاق عليه) لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله أعلم

أن تكون معتقد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكرها فلا نعيده قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص) قال الله تعالى ولا تقل لهما أف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة (الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده) وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز أن يحبس الوالد لقصده اتلاف مال الولد (ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى

وهو قول الشافعي وأحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك قيل وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتأيد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف أبد حبسه ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته قال أبو القاسم في كيفية شهادة الاعسار أن يقول أشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره سرا وعلانية بخلاف ما اذا مضت المدة فسأل فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان أحوط ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام (قوله وفي الجامع الصغير رجل أقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عن حاله) انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في أول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس باقراره فذكره ليؤوله بقوله (ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته فترافعا) الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه انه لم يعطه الى الآن شيأ (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضي ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته الى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور فان ذهب ولم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والد في دين ولده فانه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لاجل الولد لان التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله أما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الانفاق (أبا كان أو أما أو جدا لان في ترك الانفاق سعيا في هلاكهم ويجوز أن يحبس الوالد لقصده الى اهلاك الولد (ولانه لا يتدارك لسقوطها) أي لسقوط النفقة (بمضي الزمان) بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان

لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين عليه مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق أكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل تجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله أعلم

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء أيضا الا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جوازالعمل به لانه لايكون أقوى من عبارته ولوحضر بنفسه مجلس المكتوب اليه (٤٧٧) وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روى ان عليا رضى الله عنه جوزه كذلك وعليه أجمع الفقهاء قال (ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمى وذلك لان الشهود اما أن يشهدوا على خصم أولا وتنكيره يشير الى أنه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب والكتاب لابد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لايكون الا عند الحكم وان كان الثانى لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لايجوز وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهو الكتاب الحكمى والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به وأما الثانى فان وافقه نفذه

قال (ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق اذا شهد به عنده) للحاجة على ما نبين (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو سجلا (وان شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم) لان القضاء على الغائب لايجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمى

عليه دين حبس لانه للغرماء فى التصدق ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان فى الجنس له حق أخذه فاذا أخذ يلتقيان قصاصا وفى غير جنسه لاتقع المقاصة والمكاتب فى اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لايصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لايتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا ماسواه لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لايستوجب على عبده دينا وفى ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لايتحقق فى الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى الحبس والعمل بكتاب القاضى الى القاضى على خلاف القياس لانه لايزيد على اخباره بنفسه والقاضى لو أخبر قاضى البلد الاخرى بأنه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن فى بلد القاضى الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضى لايثبت حجة فى غير محل ولايته فكتابه أولى أن لايعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لايقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا فى بلدين فجوز اعانة على ايصال الحقوق لمستحقيها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه الى القاضى المرسل وأنه ختمه وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان أنه عليه الصلاة والسلام كتب أن ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها رواه أبو داود والترمذى وأجمع الفقهاء عليه لايقال لانسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضى لان الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الاصول ويؤدون عند القاضى الثانى فلم يحتج اليه لانا نقول فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك فى بلده وبالكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله ويقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق) أى التى تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص (اذا شهد به) أى بالكتاب (عند القاضى) المكتوب اليه على ما نبين من أن الشهود فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال (فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من ينصبه القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه والا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضى الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضى وقد حكم عليه (و) اذا حكم (كتب بحكمه) الى قاضى البلد التى فيها الموكل ليقتضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلا) فى عرفهم (واذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لانه حينئذ قضاء على غائب (و) انما (يكتب بالشهادة الى القاضى الآخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمى) فى عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار

(قوله ليحكم بها المكتوب اليه) أقول وما يفعله القضاة من ارسال المدعى عليه مع المدعى الى القاضى الكاتب اذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ما سيجئ فى هذا الكتاب والنهاية وغيرها فى شرح قوله ولايقضى القاضى على غائب

والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي أن تكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عداها ان شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا يجوز الكتاب اذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله (يعني القدوري) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة (والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير الى ثلاثة أشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج فيه الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بأن ماسوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال ألا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لابد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع (ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج الى الاشارة (ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبد دون الامة) فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح أدب القاضي وصنعة ذلك بخاري أبق عبد له الى سمرقند مثلا فأخذه سمرقندي وشهود المولى بخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب الى ذلك و يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق و يشهد على كتابه شاهدين و يعلمهما ما فيه و يرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب و بما فيه فتقبل شهادتهما و يفتح الكتاب و يدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد و يأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد و يجعل في عنق العبد خاتما من رصاص

وهو نقل الشهادة في الحقيقة و يختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة و يقبل في العقار أيضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها

ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) الى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لابد من الاشارة الى الرجل والى المرأة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه بمنزلة الاعيان المدعى بها وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الاشارة لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمرأة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمته بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (و يقبل في العقار أيضا) اذا بين حدودها الاربع (لان التعريف يحصل به ولا يقبل في الاعيان المنقولة) كالحمار والثوب والعبد (للحاجة الى الاشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبد) لانه يخدم خارج البيت فاباقه متيسر

(قوله والا فلا) أقول بان كان مما اختلف فيه الفقهاء (قوله وأجيب بأن الاشارة الى الخصم شرط) أقول فان قيل اذا كان شرطا ينبغي أن لا يجوز بدونه قلنا جوازا الاستحسان على خلاف القياس

لان الخصم اذا أحضر الشاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلابد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم مطعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لابد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته أو فخذه فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج الى هذا وقيل ولابد أن يذكر ادعى المدعي انه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسافة القصر وبه قال الشافعي وأحمد في وجه وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتأخرين هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود وليس بلازم بل هو أوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا ظاهر في انه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كانت دارا قال وادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا أملاك فلان المدعي وقد أبق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير أن يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد أمين لاحتمال انه اذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتماده انها ملكه قال في المبسوط ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلاثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لابد أن تجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها الا انه يبعد أن تجري مجرى الديون لانها اذا قالت لست أنا فلانة المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع الى المدعي يطؤها

(قوله

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وأما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب أهل الحرب وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان يعني اذا جاء من ملك أهل الحرب (٤٨١) في طلب الأمان فانه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى أن رسول القاضي الى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين أحدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا

قال (ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلابد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

(قوله ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب (الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولابد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن أسند الخصاف الى عمر بن أبي زائدة أو عمير قال بعثت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب الى زياد فقل له أرسل الى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها الى هذا وبه قال أبو ثور والاصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه ويعمل به ولابد للملزم من الحجة وهي البينة بخلاف كتاب أهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام أن يعطيهم ما طلبوه وله ان لا وأما الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله أن يكون كنفسه وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا أنه أجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه . فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب الا الى قاض آخر غيره فالجواب يجوز أن يكون قال الى اياس القاضي بالبصرة والى كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع اليه أن يعمل به بلا خلاف بخلاف مالو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم ﴿ فرع ﴾ يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه أصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي الفتاوى لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم أبيه وفي الاستحسان يجوز للامير أن يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هنالك شرط كتاب

قال المصنف (ولا يقبل الكتاب) أقول أي لا يعمل به لانه لا يأخذه ليخالف ما سيجيء من قوله فاذا سلمه (قوله ألا ترى انه لو قضى بالشهادة الخ) أقول في هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر والالزام أمر آخر لتحقق الاول بدون الثاني وجوابه ان صحة الحكم قبل التزكية اذا كانت بالشهادة والالزام بعدها فيكون بها أيضا (قوله قيل قد يشير الخ) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى (قوله في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول على كونه رسول القاضي

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختمه بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كي لا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما وقال أبو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال أبو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا أشهدهم القاضي ان هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط أيضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الائمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيرا على الناس

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لانه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم) كي لا يتوهم التغيير وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف ان الختم ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله

القاضي الى القاضي (قوله ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقرأه عليهم أو يعلمهم ما فيه أي باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد مالم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية ومن أن يشهدوا انه ختمه وذلك بأن يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ولا بد أن يكون الكتاب معنونا أي مكتوبا فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه) بعدما كان أولا يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضا ان الختم ليس بشرط أيضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي) ولا شك عندي في صحته فان الفرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير الا أن يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع الشهود ان لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أو لا وكذا ان شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا تقبل وفي خزانة الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي مصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان من فلان الى فلان أو من أبي فلان الى أبي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به الا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة الى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لان الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه أن المكنى هو الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف

قال المصنف (ويسلمه اليهم) أقول قال في النهاية أي الى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الائمة وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخي انتهى ثم قال وأجمعوا في الصك ان الشهادة لا تصح مالم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فان الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة أداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع وقال أبو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال (فاذا سلمه الشهود اليه الخ) اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط شيأ من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفض الكتاب أي يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة فربما احتاج (٤٨٣) المدعي الى أن يزيد في شهوده وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فأما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى أنه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر فأما اذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب أنا لا نسلم أنه لا يحتاج الى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رحمه الله من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كذا نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه

قال (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) لانه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال (فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

العنوان أيضا بل اذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى (قوله واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة من الخصم) وفي بعض النسخ لم يفكه الا بحضرة من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقرؤه الا بحضوره لا مجرد قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي يجمع بينه وبين خصمه فان اعترف استغنى عن الكتاب وان أنكر قال له هل لك حجة فان قال معي كتاب القاضي اليك طالبه بالبينة عليه فاذا حضروا أحضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأه عليه وانما لم يقرأه الا بحضوره (لانه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لان القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته (بخلاف القاضي الكاتب) فانه يسمع من الاصول الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غائبا (لان سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة انه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فاذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف (والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف) واحترز به عما ذكر في المغني فانه قال فيه وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد أصح أي تجويز الفتح قبل

قال المصنف (واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم) أقول وفي المحيط ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ولو سمع البينة على ان هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اه وفيه أيضا الاولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وان فتح بغير محضر منه جاز اه (قوله لما فرغ الى قوله بجانب المكتوب اليه) أقول وأنت خبير ان قوله ولا يقبل الكتاب الا الخ من الاحكام المتعلقة بالمكتوب اليه وجوابه ان قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكاتب (قوله فأما اذا لم يكن شرطا) أقول كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجيء في الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول قوله وقد استدل أي بوجه آخر وقوله على ذلك أي على اشتراط العدالة (قوله بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الاوسط فان الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى السببية وأيضا القائل بعدم الاشتراط منع الكبرى فليتأمل (قوله وفيه نظر الخ) أقول فيه تأمل

انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو اغماء أو فسق اذا قلنا بالعزل به وهو معلل
ثم هو على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال أبو يوسف في الامالي يعمل
به وهو قول الشافعي رحمهما الله لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده
بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل

وانما يقبل المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف،

ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه ووجهه المصنف بما ذكره الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهودا ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم ﴿فرع﴾ لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي الى قاضي بلده فهرب الى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب اليه أن يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا للاول الكتابة نجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وانما يقبله المكتوب اليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه الى أن يمضي أمر الكتاب فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل الى المكتوب اليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى قالوا أو فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال أبو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال أحمد لان كتاب القاضي الى القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الاصل بعد أداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا يوجب عليه شيأ فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر) غير المكتوب اليه (في غير عمله أو غير عملهما) ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب اليه) أو عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (الا اذا) كان (كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له) وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي وأحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه وأجيب بأن الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون في أداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا أردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هنالك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكأن الكل مكتوب اليهم معينين أما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا أنه

القضاء وانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان نقل الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل أما في الموت أو في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ويمكن أن يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الاهلية أولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه

وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في أداء الامانة فصاروا كالامناء في الاموال وهنالك قد لا يعتمد على كل أحد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له

بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند أبي حنيفة وقيل الظاهر أن محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول أبي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود

بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

﴿فصل آخر﴾ (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

أجازه أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة والظاهر أن محمدا مع أبي حنيفة والوجه قول أبي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا وقلنا (لان فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في اثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناهما الخ والله أعلم واعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلبا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي ﴿فرع﴾ هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا حل هنالك ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال يجحدني الاستيفاء أو الابراء مرة يكتب وكذا اذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل سواء وهذا احتياط

﴿فصل آخر﴾ (قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لان المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم قال صلى الله عليه وسلم

(ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما)

﴿فصل آخر﴾ قال في النهاية قد ذكرنا أن كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على أن الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر في أدب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها

قال المصنف (بخلاف ما اذا كتب ابتداء الخ) أقول قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم اهـ

﴿فصل آخر﴾ (قوله والاولى أن يجعل هذا فصلا آخر الى قوله وهذا فصل آخر) أقول نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي الى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الاول يحتاج الى سبب وذلك ما قاله صاحب النهاية

وقدم الوجه أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل القضاء في غيرهما وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر قيمها وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) بعذر و بغيره (الا أن يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به) أي بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك (بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث) يجوز له أن يستخلف لان أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته) بوقت يفوت الاداء بانقضائه (فكان الامر به من الخليفة اذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض عن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق عن شهد الخطبة وأرى ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل (قوله ولا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثاني بحضرة من الاول أو قضى الثاني) عند غيبة الاول (فأجازه الاول او جاز) اذا كان من أهل القضاء (كما في الوكالة) فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول أو أجازه الاول جاز

وقدم الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء الا أن يفوض اليه ذلك) لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بحضر من الاول أو قضى الثاني فأجاز الاول جاز كما في الوكالة

ان يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف (وقدم الوجه) يعني وجه جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبل لان فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا انما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والاحسن أن يجعل كلا منهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج الى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله الا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه ألا ترى الى تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (الا أن يفوض ذلك اليه) فيملكه كما انه اذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا (لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم أن الانسان غرض للاعراض فكان المولي له آذنا في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة أما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المأمور هنالك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وبهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما وبخلاف المستعير فان له أن يعير بشرطه لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في أن يعمل لغيره وهذا لما قالوا من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رأيه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف وقوله (ولو قضى الثاني بحضر من الاول أو قضى) بغيبته فبلغه (فأجاز جاز كما في الوكالة) اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته

(قوله وقيل أراد به الخ) أقول القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف (بخلاف المأمور باقامة الجمعة) أقول قال في الكافي مطلقا اه أي مطلقا عن الاذن بالاستخلاف

وقوله (لانه حضره رأى الاول) يصلح دليلا للمسئلتين أما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره رأى القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأى القاضي فيكون راضيا به وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه وأجيب بالمنع فان البقاء أسهل من الابتداء وان الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به (قوله واذا فوض اليه يملكه) أى اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له أن يولي غيره (فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله) لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على أن أمر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان أمره بالتولية والعزل خلافه واذا أضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان أمرهما اليه فكأنه قاله فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي له راضيا باستعانته بغيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما وأجيب بأن المقلد

يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر قال (واذا رفع الى القاضي حكم حاكم أمضاه الخ) اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أو السنة أى المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناها في التقرير على ما ينبغي أو الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه أو يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخر المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب أن يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احداهما أنه قيد بالفقهاء اشارة الى أن القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة

وهذا لانه حضره رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله الا اذا فوض اليه العزل هو الصحيح قال (واذا رفع الى القاضي حكم حاكم أمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع بأن يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

أو بلغه فأجازه نفذ (لانه حضره رأى الاول وهو الشرط) فانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله أنه فضولي ابتداء ووكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رأيه (واذا فوض اليه) الاستخلاف (ملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل) يعني السلطان (حتى لا يملك الاول عزله) الا اذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلتك قاضي القضاة فان قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعي وأحمد (قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم أمضاه الا أن يخالف الكتاب أو السنة (المشهورة) أو الاجماع بأن يكون قولا لا دليل عليه) وفي بعض نسخ القدوري أو يكون قولا الخ (وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه) قالوا انما أعاده لان في عبارة الجامع فائدتين

(قوله وان الحكم الذي الخ) أقول التعويل على الجواب الثاني (قوله فيكون الموصي له راضيا) أقول كي لا تفوت مصالحه (قوله وقيل القاضي يملك الخ) أقول المذكور في الفتاوى ان القاضي لا يملك نصب الوصي اذا لم يكن ذلك مكتوبا في منشوره فلا يحتاج الى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول يعني قوله لانه قلده القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الاحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنها مستندة الى دليل قوي من تلك الثلاثة أيضا قال في الكافي بأن يكون قولا لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل (قوله اذا لم يعلم الخ) أقول أنت خبير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف انما مفاده ان ما اختلف الفقهاء فيه في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أولا فانه أعم من كونه عالما نعم ربما يفيد كون الثاني عالما بالخلاف وليس الكلام فيه بل في القاضي الاول فتأمل

لبتاتى القدورى أحدا شيئا تقييده بالفقهاء أفاد أنه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضى يرى غير ذلك فان القدورى لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده انه اذا كان رأيه فى ذلك موافقا لحكم الاول أمضاه وان كان مخالفا له لا يمضيه فأبانت رواية الجامع أن الامضاء دائم فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفا لرأيه أو موافقا بعينى بالطريق الاولى ولا يخفى أنه لا دلالة فى عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء فى نفس الامر فقضى القاضى بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه أو غير عالم فانه أعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذى حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثانى عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام فى القاضى الاول الذى ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم فى الجامع التنصيص على أنه ينفذه وان كان خلاف رأيه وكلام القدورى يفيده أيضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم ينتظم ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وانما فى الجامع التنصيص عليه اذا كان مخالفا وقوله الا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أولا فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة يعنى المشهورة مثل البينة على المدعى واليمين على من أنكر فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره فى أقضية الجامع وفى بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم أمهاتكم الآية لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ والثانى مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا منعناه يجاب بأنه مؤول بالمذبوح للانصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف فى أنه مؤول أو ليس بمؤول فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد أولا واذا منع نحن نفاذ القضاء فى بعض الاشياء ويجيزونه وبالعكس ولقد نقل الخلاف فى الحل عندنا أيضا وان كان كثيرا لم يحكوا الخلاف فنى الخلاصة فى رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضى قال وأما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند أبى يوسف لا يجوز انتهى وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفا للاجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمعى أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضى الله عنهما فى جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روى انه رجع عنه وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعنى انه لا يعتبر فى انعقاد الاجماع بل لا يعتبر فى جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء فى محل مجتهد فيه أصلا اذ ما من محل اجتهاد الا وأحد الفريقين أقل من الفريق الآخر اذ لا يضبط تساوى الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق أهل الاجماع على حكم يخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد فى مقابلة قول الباقين ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أولا والذى صححه شمس الائمة واختاره أن الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه قال واليه أشار أبو بكر الرازى لان ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف فى الصدر الاول يعنى أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحتمل بعض العبارات ضم

والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى أن الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى ورواية القدورى ساكتة عن الفائدتين جميعا

(قوله ورواية القدورى الخ) أقول عبارة القدورى أعم تتناول ما اذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وليس فى عبارة الجامع الا التنصيص على ما اذا كان مخالفا ويعلم حال الموافقة بالاولوية كما ذكره الا انه لا يثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدورى فتدبر

التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكى في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلفت الرواية عن أبي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تنبني على أن الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فعمر على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي أبو زيد في التقويم ان محمدا روى عنهم جميعا أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز فقد علمت ماهنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف مقتصر فيها بين الامامين فللقاضي أن يبطله اذا خالف رأيه وعندي أن هذا لا يعوّل عليه فان صح ان مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الاب اذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح و يزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فقضى عليها ستة أشهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلاثة أشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لانه مجتهد فيه الا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها لانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال ألا ترى أن القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من أهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا تشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب منها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من أنكر مع أن معه ظاهرا في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضا وهو

(والاصل) في تنفيذ القاضي الثاني ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة (ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول) في ان كلا منهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل أن يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا للاصل

والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو أيضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بأم امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيما اذا زنى بام امرأته ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقد موقتا بلفظ المتعة كتمتعي بنفسك عشرة أيام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى أن لا يؤجل العنين هذا في القضاء بالمجتهد فيه أما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه وأصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان أمضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه أعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقبل أن يمضيه الثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يجيزه أو يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود أو الاعمى وأما قضاء السلطان في أمر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه الى أن ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه نفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر (قوله والاصل) حاصله توجيه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهاداهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه أو مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز أن يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما رفعه من أصل بلا فرع اذ الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيما مع شيء آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزيد ابن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان ههنا نص آخر لقضيت لك ولكن ههنا رأي والرأي مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه

(قوله لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول الخ) أقول وفيه ان اعتقادنا المذهب الغير انه خطأ يحتمل الصواب ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالاول عندنا (قوله ويؤيده ما روي عن عمر الخ) أقول قال الزيلعي وقد صح ان عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة

ناسيا

ناسيا المذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى

ناسيا المذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وان كان عامدا ففيه روايتان) عنه (ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب ورأى غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاد انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه الى جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه أخذ شمس الائمة الاوزجندى وبالاول أخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ أبو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان مخالفا لرأى الخلفاء انتهى وأوكد الامور في هذا حكم شريح بما يخالف رأى علي كثيرا وهو يعلم و يوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقيل صح عن عمر رضي الله عنه انه قلد أبا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والرأى مشترك وغير ذلك وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل اليه مأمور به من عند الله فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله الثابت في نفس الامر لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفى اليه ارسالا لأن يحكم بما أمره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوزله أن يقول هذا القول وأن يعمل به من افتاه أو حكم به عليه واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) يعني وجه النسيان والعمد (لانه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه بيسير تأمل ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل وأما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد فأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه ووجه المنع قوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله الآية واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الا قضاؤه بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فانه لم يحكم فيه بشئ هذا ومن تتمة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكى عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوج بأخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ أيضا وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قصد فسخها في حق تلك المرأة وسنذكر في أمر الفتوى فيها كلاما آخر في باب التحكيم

أيضا بالطريق الاولى (أنه ليس بخطأ بيقين) لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات ووجه عدمه أنه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف (وعليه الفتوى)

قال المصنف (وان كان عامدا ففيه روايتان) أقول قال النسفي في الكافي وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اه قال ابن الهمام الوجه في هذا الزمان أن يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل ثم قال وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد وأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم اه (قوله بطريق الاولى) أقول وجه الاولوية ان التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان

قال (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا) لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته التي وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أي جل الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف) فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول) معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف (٤٩٣) رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك كان له أن ينقضه

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح

(قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا اذا قضى باحلال) يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (اذا كانت الدعوى بسبب معين)

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر أي فيما بيننا فهو في الباطن أي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الاملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وأنكر ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعتني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا ملكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضر من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الاول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك وأما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم

(قوله لان القاضي يصير منشأ) أقول الظاهر أن يقال منشئ (قوله لانه تبرع) أقول أي من وجه (قوله فاذا دخل بها لا يحل) أقول لوجوب العدة كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

قال (ولا يقضي القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا وأقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بعد الانكار ولم يوجد (٤٩٣) فان قال قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت أجيب بأن الشرع أنزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت ان كان عليه دين أو رفعا لظلمه ان أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه أيضا وان قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق

قال (ولا يقضي القاضي على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد

للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسئلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحده ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل انه باعها منه أو انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا قامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلما وأقام بينة انهما اولاده قضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود أو تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود وأجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبأمر الله أولى والقاضي مأمور بذلك منه جل وعلا وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطنا وان كان أحدهما كاذبا فليس بشئ وفي الخلاصة وأجمعوا على انه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى لهما لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا أو كفارا أو محدودين لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاث تأخذ بقول على نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ثم بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد وعند أبي يوسف يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع أشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فما أفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز) اذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قولا واحدا وهو قول مالك وأحمد وان كان في البلد غير مختف فله قولان أصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضيع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا

بالبينة لانه ان حضر فأقر لزمت الدعوى وان أنكر فكذلك فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويثبته أو يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبته أو يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد

(قوله قلنا اذا كانت شرطا الخ) أقول فيه تأمل ثم الظاهر أن يقال اذا كان بدل قوله اذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول ومن هنا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه مع المدعي الى القاضي الكاتب اذا طلب ذلك منهم

(قوله ولانه يحتمل الاقرار الخ) دليل آخر على المطلوب والضمير للشأن ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه في وجه القضاء على الثاني ومعناه أن الشأن يحتمل الاقرار والانكار أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها وان أقربها الرجل لم يأخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا أو غائبا أو بحديث هند حيث قالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب (٤٩٤) أجبنا عن الحديث الاول بأنه يدل على أن من ادعى شيأ فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا أقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس محل النزاع وانما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أولا وليس فيه ما يدل على نفي أو اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالما باستحقاق النفقة على أبي سفيان ألا ترى أنه لم تقم البينة

ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان أحكامهما مختلفة ولو أنكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته كالوكيل أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر

قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الامع حضوره أو نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار ومالم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الاصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطا لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا أنه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما أن يقر أو ينكر وعلى الوجهين الدعوي لازمة عليه فليس بشئ لان مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أو لا فيطعن في البينة ويثبته أو لا يطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر

(قوله ولو أنكر ثم غاب فكذلك) يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا أنكر ذلك وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سابق (وفيه خلاف أبي يوسف) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للاثبات قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب اما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكما شرعيا والاول اما أن يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر أو القاضي كما اذا أقام وصيا من جهته والثاني اما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر

(قوله والضمير للشأن) أقول فيه بحث فان الجملة بعده تحتمل ضميره الا أن يراد بضمير الشأن ماهو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن ويشتبه الخ) أقول وأتى بضميره في الاول والاضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع الا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج الى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) أقول ولانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول فيه تأمل (قوله واعلم ان قيام الحاضر الخ) أقول كأنه يشير الى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه أي وقيام من يقوم

أو شرطا لحقه فان كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل أنه ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعى بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شئ واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة أو شيئين مختلفين

كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه شاهدا فلان الغائب فأقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شئ واحد في الاول أو كشئ واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض للالسببية وأما أن يكون المدعى شيئا واحدا أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشئ اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني أن أحملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا وأقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها الا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وأنكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر

وهذا في غير صورة في الكتب أما اذا كان شرطا لحقه

ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف أبي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو أقر ثم غاب يقضي بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضي بالبينة ويقضي بالاقرار وهو قول أبي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق أما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضاء عليه حال غيبته لا يبطل حقا له وكان أبو يوسف يقول أولا لا يقضي بالبينة والاقرار على الغائب جميعا ثم رجع لما ابتلى بالقضاء وقال يقضي فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس فاذا علمنا انه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه أحد ثلاث نائب بانابته كوكيله أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما أي يكون قيامه عنه حكما لامر لازم له واقتصر المصنف عليها نفيا للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو أحضر المدعى رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد أن يبعث أمناءه الى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم والا يحكم عليك أما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد في الجامع رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر فانه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي أنه مسخر والوجه أن يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام أنه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي أن يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضي على الغائب الا أن مع هذا لو وكل وكيلا وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى والذي يقتضيه النظر أن يقال ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها الى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضي عليه بالتسليم قال وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجدها ثمة وأما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان) ما يدعيه على الغائب (شرطا لحقه)

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول جزاء فان كان في قوله فان كان سببا لازما الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تقديما

وهو تصرف بيده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلا بالنقل قبل الطلاق وقد يوجب بأن كان وكيلا بالنقل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه أى لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الحالف عليه ان فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندى ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما فى السبب لان دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو فى الشرط موجود وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضى وهو من نصب وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضى لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره فى الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكأنه اختاره والعتاق

فلا معتبر به فى جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه فى الجامع

لا سببا لا محالة أو قد يكون سببا وقد لا يكون (فانه لا معتبر به فى جعل الحاضر خصما عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه فى الجامع) مثال السبب الملزوم لا محالة فى ست مسائل ثلاث فيما يكون المقضى شيئين وثلاث فيما يكون واحدا أما ثلاث الواحد احداها ادعى دارا فى يد رجل انها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها فى حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت الى انكاره الثالثة ادعى شفعة فى دار فى يد انسان فقال ذو اليد الدار دارى ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء فى حق ذى اليد والغائب ومثال ثلاث الشيئين احداها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبيد وقال المدعى المقذوف بل أعتقك مولاك فعليك حد الاحرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق فى حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعى على الحاضر فيهما شيئان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة ان مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق فى حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما ان الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند أبى حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلا مع ان اعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بأن عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لان الساكت اذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعاء يصير مكاتبا من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولا فلم يقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضا شيئين وقد يكون واحدا وبيانه فى مسئلتين احداهما قال لعبد رجل مولاك وكلنى بحملك اليه فأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه تقبل فى حق قصر يد الحاضر ولا تقبل فى حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلنى زوجك بحملك اليه فأقامت بينة انه طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج الى اعادتها أو بينة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بأن وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف الى قوله كالوصى) أقول فيه شىء فان كاف التشبيه تدل على خلاف ما ذكره

قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وان أقرض الوصي ضمن) لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين الا أن ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل احداها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشترى على البائع انه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشترى ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فاقام المشترى على ذلك بينة فانه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيآن الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعى على الحاضر الا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها فان أقام البينة على البقاء بأن شهدوا على انها امرأته للحال لا تقبل أيضا لان البقاء تبع للابتداء والثانية المشترى شراء فاسدا اذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة انه باع من فلان الغائب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقاء لان البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشترى له الدار التى بيدك ليست لك انما هي لفلان فأقام الشفيع البينة انه داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لان المدعى شيآن والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لانه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا وأما ما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصما عن الغائب ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا قضاء على الغائب بشىء اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق الغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا يقبل (قوله ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الاقراض وهذا (لان في الاقراض مصلحتهم) لان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة (والقاضي يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود أو لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدى القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على الاعتبار (والاب كالوصي في أصح الروايتين) لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى أنه أعم ولاية من الوصي

قال (ويقرض القاضي أموال اليتامى الخ) للقاضي أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لاجل (٤٩٧) تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض أجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوماله وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له أن يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في أصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابى وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنع من ترك النظر له والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده وان أخذه الاب قرضا لنفسه فالقراض يجوز وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك

(قوله ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ) أقول فيه اشارة الى ان انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى

لانه أقوى فى المال والنفس كولاية القاضى ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر والظاهر أنه يقرض من يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو أخذه الاب قرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يجوز والجواب ان الاعتبار فى جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضى فانه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى أن قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة أما لو أعسر المستقرض صار القاضى كغيره فى عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغى للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختل حال أحد منهم أخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا يقدر وكذا لو كان المستقرض معسرا فى الابتداء لا يجوز للقاضى اقراضه وقد انتظم ماذكرنا حكم القاضى بعلمه وتفصيله افعقدناوفى قول للشافعى أنه يجوز وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند أبى حنيفة أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمد أو حد قذف وأما اذا علم قبل القضاء فى حق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضى عنده وقال يقضى وفى التجريد جعل قول محمد مع أبى حنيفة ولو علم فى رستاق مصره عندهما يقضى واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أولم يكن وأصل هذا أن قضاء القاضى فى القرية والمفازة لا ينفذ عند أبى حنيفة ومحمد ونص أصحاب الامالى عن أبى يوسف أنه ينفذ قضاؤه فى السواد وهكذا فى النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض فى مصره ثم عزل ثم أعيد الى القضاء فعند أبى حنيفة لا يقضى وعندهما يقضى وأما فى حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم

هذا أيضا من فروع القضاء والحكم أحط رتبة من القاضى فان القاضى يقضى فيما لا يقضى المحكم فأخره عنه ولهذا قال أبو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القضاء لان حكمه بمنزلة الاصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله الآية وفيه نظر وأما السنة فما قال أبو شريح يارسول الله ان قومى اذا اختلفوا فى شئ فأتونى فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان فقال عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا رواه النسائى وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أنه كان بين عمر وأبى بن كعب منازعة فى نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الى فآتيك يا أمير المؤمنين فقال عمر فى بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة فقال عمر هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر فقال زيد لأبى لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر يمين لزمتنى فقال أبى نعفى أمير المؤمنين ونصدقه وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما فى هذه الخصومة التلبيس والتعاسى لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفى الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روى ان ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه ويأخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا أمرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا أمرنا ان نصنع بأشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا فى حق نفسه وانه ينبغى أن من احتاج الى العلم يأتى

الى

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان الحكم أدنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضى وهو مشروع بالكتاب والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم

باب التحكيم

(قوله وعموم ولاية القاضى) أقول المراد بعموم ولاية القاضى هو تعدى الحكم الصادر عنه الى غير المتخاصمين كما فى صورة القتل خطأ وامثاله لانه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فانه قد يفوض اليه الحكم فى قضية واحدة بين الشخصين المعينين كما لا يخفى الا انه يمكن ان يقال لا يطلق اسم القاضى لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط

(واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما) واعترض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض (واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكمه المسلمون وان حكمه أهل الذمة جاز لانه من أهل الشهادة فيما بينهم

وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضي أن الفاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء ولو قلد جاز

(واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى

الى العالم في بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان أوجه الناس وأما القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا أتاكم كريم قوم فأكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا بأس بالحلف صادقا وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لامر آخر وان اليمين حق المدعي له أن يستوفيها وتسقط باسقاطه (قوله واذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) الى أن حكم (جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما) وسنذكر لهذا تخصيصات أولها قوله (وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي) الا أن يحكمه ذميان لانه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الفاسق ينفذ حكمه وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة أعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه الا أن يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة الا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالصالح ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق أو صبيا أو ذميا فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المغني يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وتحكيم الذمي ذميا ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا

قال المصنف (فيشترط أهلية القضاء) أقول وفي المحيط يشترط أن يكون الحكم أهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا حتى انه اذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بان كان الحكم عبدا فأعتق وحكم لا ينفذ حكمه هكذا ذكر صاحب الاقضية والشيخ الامام شيخ الاسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسئلته في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى المسئلة المذكورة في فصل التقليد هو انه اذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضي بذلك الامر في باب الجمعة من صلاة المنتقى رواه ابراهيم عن محمد والعبد اذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضي بذلك الامر انتهى واشتراط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الدراية أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول في المحيط ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى وفي شرح الكافي المغني يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر وقال في النهاية هو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هنالك انتهى فلا مخالفة كما توهم ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل اضافة المصدر الى المفعول يقال حكمه أي فوض الحكم اليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الخ) أقول المراد بالكافر ما عدا الذمي بقرينة المقابلة

وان حكماه فى دم خطا لا ينفذ الا فى صورة لانه اما أن يحكم بالدية على العاقلة أو فى مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثانى رده القاضى ويقضى بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف لنص حديث حمل بن مالك فوموافقه دوه كما سيأتى فى كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى (قوله الا اذا ثبت) استثناء من قوله رده القاضى أى رد قضاءه بالدية فى ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله وأما أروش الجراحات فان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب فى مال الجانى بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجانى جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجانى بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا لانه ان قضى بها على الجانى خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويجوز أن يسمع البينة) يعنى أنه لما صار حكما عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع واذا أخبر المحكم باقرار أحد الخصمين) بأن يقول لاحدهما اعترفت عندى لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندى عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندى وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشئ أو قامت عليه بينة بشئ لم يلتفت الى قوله وقضى القاضى ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك (اذا كانا على تحكيمهما) فيملك الاخبار كالقاضى المولى اذا قال فى قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندى على ذلك (فانه يصدق فى ذلك)

وان حكماه فى دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية فى ماله رده القاضى ويقضى بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله (ويجوز أن يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالاقرار) لانه حكم موافق للشرع ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة

الخلاصة قضاء الحكم فى الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وأرش الجنايات وقطع يد عمدا ببينة عادلة جائز اذا وافق رأى القاضى وعن أبى حنيفة لا يجوز فى القصاص ونقل الناصحى عن أبى بكر الرازى فى القصاص ينبغى أن يجوز لان ولى القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بنى آدم وتوجيه المصنف بأنهما لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الاباحة يعنى لو قال لشخص اقتلنى لا يصح أمره ولا يحل للآخر قتله لا يدفعه وهذا الذى المقضى عليه هو الاصل فى التحكيم والآخر أعنى الطالب تبع فيكون أحدهما وهو الذى تحكيمه ليس الاقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفى الفتاوى الصغرى حكم المحكم فى الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيما روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك المرأة المحلوف بطلاقها وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه اذا استفتى أولا فقيها فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة فان تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواهما وفى الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولى فطلقها ثلاثا فبعث القاضى الى شافعى ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز وكذا لو حكما بذلك حكما يجوز ولا يفتى به لما مر يعنى ما قدمه من خشية تجاسر العوام يعنى على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعى ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف (ولو حكماه فى دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لانه لا ولاية له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية فى ماله) فان القاضى (يرده ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لانه مخالف لرأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (الا اذا ثبت القتل) وهو قتل الخطا (باقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ فى حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية فى ماله وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات ان كانت بحيث لا تعقلها العاقلة بل تجب فى مال الجانى بان كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول أو كان عمدا وان بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجانى جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث

(قوله وثبت ذلك بالاقرار والنكول) أقول فيه انه اذا ثبت بالبينة يكون فى مال الجانى أيضا فلا وجه للتقييد بالاقرار والنكول (قوله وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول انشاء الالزام والحكم أيضا

ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا (وان أخبر بالحكم) مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل) لان أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى

ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء) وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكم رجلين لا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة

تحملها العاقلة لا يجوز قضاؤهما أصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع وعلى العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعني المحكم لو قال لاحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به فاذا أنكر المقضي عليه أن يكون أقر أو أقام البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا أن يخرجه المخاطب عن الحكم و يعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لابويه وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لانتفائها (قوله ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لان الحكم أمر يحتاج فيه الى الرأي) واغا رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعي الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما حملاهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما واذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا او حرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الامام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز و يصير كالقاضي ولو أمر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا أن يجيزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز وليس للحكم أن يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضي لم يجز الا أن يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الاول اذا أجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكما واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جورا أبطله وكتاب الحكم الى القاضي وقلبه لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب

مسائل منثورة من كتاب القضاء

(قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة

والحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكم رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه أمر يحتاج الى الرأي) لم يحكم أحدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى أي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب و يترجمونه بمسائل شتى أو منثورة أو متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه لجدير بالتأخير لا محالة (واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل عند أن يتد فيه وتدا ولا أن ينقب فيه كوة

مسائل شتى من كتاب القاضي

(قوله مسائل شتى أي متفرقة من شتت تشتيتا) أقول بل من شت يشت شتا وشتاتا وشتيتا اذا فرق وافترق.

بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل (عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا يجوز لكل واحد منهما أن يصنع مالا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن أبا حنيفة انما منع عما منع اذا كان مضرا وأما اذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فلا شيء عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر (وقيل) ليس ذلك بتفسير له

اصاحبه

عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالا يصنع مالا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه. قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا أشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

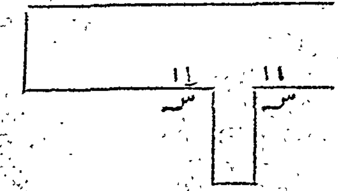
عند أبي حنيفة رضي الله عنه أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكنى العلو (وقالا يصنع مالا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتدوتدا يتده من باب ضرب به (قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لاما لا ضرر فيه (فلا اختلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فالاشك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع لان (الاصل) فيه (الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فاذا أشكل لم يجز المنع) لان اليقين لا يزال بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كان نصيبه لا يجوز والشرب بل حق فسخه (وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام أيضا اذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولا لا يملكه بالاتفاق وقال للصدر الشهيد المختار انه اذا أشكل لا يملكه واذا لم يضر يملك وذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت أن ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا أصل كلي كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لانه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع أحدهما عن كريه وكرى الآخر أو سفينة تخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه اياه مضطرا

وانما (الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق) فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر واذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق (نفاو) انما تظهر ثمرة الخلاف (اذا أشكل) فعندهما (لم يجز المنع) لان الاطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك (والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر (والاطلاق بعارض) وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل (فاذا أشكل لا يزول المنع) لما ذكرنا (قوله على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه) استظهار على المنع لافادة ماقبله ذلك

(قوله وانما تظهر ثمرة الخلاف) أقول فيه بحث (قوله اذا أشكل) أقول كهذه الاشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول وفيه بحث يظهر عند ملاحظة السياق ألا يرى أن المراد اشكال الضرر وعدمه قال الزيلعي وهو عدم الضرر بيقين انتهى الباء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته أمر بالتأمل تنبيها على أن العدم أمر لا ثبوت له ليعرض ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العدم وليس كذلك انتهى وأقول يجوز أن يكون اطلاق العارض عليه من باب المشاكلة

قال (واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا فى الزائغة القصوى) لان فتحه للمرور ولا حق لهم فى المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة

ليصل الى حقه واذا بناه و بنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته واختلف فى ان القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا فى الدار والبيت والطاحونة والحمام ماذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة ليبنى فى نصيبه وفى الخلاصة فى الفصل الثانى فى الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندى فى غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو عمل لا بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر أما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيما بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفى فتاوى النسفى دار لجارين سطح احداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى فأراد صاحب السفل أن يرفع سطحه أو يبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب واذا انهدم السفل أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لاجل اسالة الماء لكن يبنى هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى فرق بين حق التعلى و بين حق التسييل حيث لو هدم فى الاول يجبر على البناء ولو هدم فى الثانى لا يجبر وفى الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما الابانى أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفى الاقضية حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام أبى بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر ان كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبنى حائطا فى نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام أبى بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر أنه ان لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق ان كان الحائط لا يقبل القسمة وفى شهادات فتاوى الفضلى لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضى وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهرى فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا فى البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا فى ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضى فيرجع بالقيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما باذن الشريك لا شك انه يجبر الهادم على البناء ان أراده الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفى كتاب الحيطان رجل أراد أن يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والاصح أنه لا يجبر وفى كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن (قوله وان كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة أخرى مستطيلة وهى غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس لـ) أحد من (أهل الزائغة الاولى) اذا كان له جدار فى الزائغة المنشعبة ان يفتح فى جداره ذلك بابا فى الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



قال (واذا كانت زائغة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة

ليس لاهل الزائغة الاولى أن يفتحوا بابا فى الزائغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم فى المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد أن يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا ألا ترى أنه لو بيعت دار فى تلك السكة القصوى ليس لاهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة

بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع بعض جداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى ولهذا لو فتح كوة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح أنه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب و يكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه مايدل على أن الزائغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه أبو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرأيتم ان أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به أى بذلك على أحد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعنى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم أن يفتح بابه فى أى موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هى ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور فى كلها ولهذا يشتركون فى الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة

(بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع بعض جداره والاصح أن المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور فى كل ساعة ولانه عساه يدعى الحق فى القصوى بتركيب الباب (وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) بابا لان لكل واحد منهم حق المرور فى كلها اذ هى ساحة مشتركة ولهذا يشتركون فى الشفعة اذا بيعت دار منها

والذى يمكنه أن يفتح بابا فى الزائغة القصوى هو صاحب الدار التى فى ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الزائغة الاولى فى المرور فى الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار فى القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم أن يفتح بابا فى الاولى لان له حق المرور فيها و (بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة) ولاخلاف ان له أن يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع بعض جداره وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه والاصح أن يمنع من الفتح لانه منصوص عليه فى الرواية بنص محمد فى الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا فى الخروج فيخرج ولانه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا فى المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب مهد لنفسه دعوى حق المرور و يكون القول قوله للظاهر الذى معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا الان لكل منهم حق المرور فى كلها اذ هى ساحة مشتركة) غاية الامر أن فيها اعوجاجا (ولهذا يشتركون فى الشفعة اذا بيعت دار منها) وهذه صورتها

وفى الحيطان زقاق غير نافذ أراد انسان يعنى من أهله أن يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر الممر للناس و يرفعه سريعا ويفعل فى الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو أراد أن يبنى آريا أو دكانا وهو الذى نسميه فى عرفنا مصطبة ولو استأذن رجلا فى وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشترى أن يأخذه برفعها الا اذا شرط بقاءها عند البيع وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها أو على وجه داره سقيفة للمشترى أن يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو أن لرجل حائطا ووجهه فى دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه فى داره فأراد أن يدخل ليبل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء فى داره فأراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما أن تتركه يدخل و يصلح ويفعل ماله أو تفعل عنه ذلك كذا روى عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وفى وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضؤا بحيث لا تضيق عليهم الطريق المرور هم ولو عطب به أحد لا يضمن ولو حفر الارض يؤمر أن يسويها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ غير أن فى الطريق لا يضمن نقصان

(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول الجواز لا يستلزم الدلالة ففى اتصال الاستثناء تأمل (قوله لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيحة) أقول يعنى أن الاشارة بلفظ ذلك الى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر

الحفر وفي أول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنيها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبني في ملكه ما يستر جهته ولو اتخذ بئرا في ملكه أو كرباسا أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن أبي حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الزعاء ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد ولو حفر في داره بئرا فنز منها حائط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا عن الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وان تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة لا رواية لها في الكتب وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو أقام أحدهما البينة على انه قديم والآخر على انه محدث فبينة القديم أولى قال ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفي مسئلة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحوها واطباقه على طبخ ينتشر به دخان قد يحبس في خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما أن بناءك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار اذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه وأما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقا أو انكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهى مسئلة الصلح على الانكار وسيأتى الكلام فيه فى الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى أنه لو ادعى على انسان شيأ لم تصح دعواه أجاب بأن المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط والجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة والمانع منها ما أفضى اليها ولقائل أن يقول جهالة المدعى اما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولا فان كان الثانى صح دعوى من ادعى على انسان شيأ لكنها لم تصح ذكره فى النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما فى الباب ان الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شئ ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعى فلا يكون رده مفيدا قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل الخ) اذا ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لى بينة تشهد على الشراء لانى طلبت منه فجحدنى الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه

قال (ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار) وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا تفضى الى المنازعة على ما مر قال (ومن ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت كذا فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها منه

متساويان وأخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره فى دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال فى فصول العمادى وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهى أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغى أن يقال فى هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع فى دار جاره ألا ترى أن محمدا رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة فى علوه مع أن بصره يقع فى الساحة والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة أن يشاركه فى بنائها الا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات فى كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال أحدهما نبنى حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان أحدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضى أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضى للمصلحة ونظيرها فى فتاوى أبى الليث رجل فى داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضى منه اذا رآه قال فى الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى ولقد أحسن الصدر الشهيد فى واقعاته حيث قال المختار ان المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لان هذا جمع بين الحقين (قوله ومن ادعى فى دار دعوى وأنكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى) ونقل فى النهاية عن بعضهم انه أراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول أبى حنيفة فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مال دفعته اليه صح مع أن اليمين لا تتصور فى النكاح عنده فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ولذلك قال المصنف (والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا تفضى الى المنازعة) يعنى وهو المانع (قوله ومن ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له فى وقت) يعنى ذكر وقتا بعينه كقوله منذ شهر وسلمها الى فملكتها وهى الآن فى يده وأطالبه بدفعها الى فطالبه القاضى بالبيان فقال ليس لى بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فجحدها عنى فاشتريتها منه

(قوله فان قيل كيف يصح الصلح الخ) أقول الانسب أن يقرر السؤال الاول هكذا كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مفسدة لسائر العقود فيفسد الصلح أيضا ويجاب بأن المفسدة هى الجهالة المفضية الى النزاع وهذه ليست كذلك لانها جهالة فى الساقط وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الاول بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثانى كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعى عليه حتى يفتدى بالصلح على ما يجىء (قوله لانه لقطع الشغب) أقول ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية فى الهامش

فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشئ يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده تنزل المصنف فى الجواب فقال ومجرد العزم ان كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحصل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشترى بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة (قوله ولانه) دليل آخر فان المشترى لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضا البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان فى الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل (٥٠٩) جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفى الثانى يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم فى الكتاب والتصريح به فى غيره وفى بعض نسخ الجامع الصغير وقع فى موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال فى بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونهما من جنس الدراهم لما تقدم

فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق) وفى بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضا

معا حيث ينفسخ قطعا (فان عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها أو نقلها الى بيته فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل الا بالقبول وفى المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية وبنى فى الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره فى الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشترى الثانى البيع فخاصمه المشترى الاول الى القاضى ولا بينة له فعزم المشترى الاول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول وأراد رده فاحتج البائع الاول عليه بدعواه البيع على الثانى فان كان عزم المشترى على ترك الخصومة بعد تحليف الثانى يرده أو قبله فلا لانه غير مضطر فى فسخ البيع الثانى وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثانى التزام ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضى وسنذكر نظر صاحب الكافى فى تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين أما مسائل القبض فما اذا أقر (انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفى بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعنى أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض

(قوله تنزل المصنف فى الجواب الخ) أقول فى العبارة تسامح (قوله لان ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول فيه شئ حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهيه والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفى (قوله لفوات ركن البيع) أقول فيه بحث لان الرضا شرط الا أن يجعله ركنا مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول فيه بحث (قوله ثم قال انه زيوف) أقول أى المقبوض زيوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول أى على استوائهما فانه اذا صدق فى قوله مفصولا على ما دل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الاولى

وعلم من هذا أنه لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا أو نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشترى الذى أنكر قبض حقه لان المشترى أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا أقر أنه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالى عليه أو حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان على ألف الا مائة فأما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان على مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا (قوله وفي الستوقة لا يصدق) يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هنا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة أقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة أولى وكان الاعتراضين وقعا الذهول عن التدقيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا تقبل مفصولا وأما انه هل يقبل موصولا أولا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما اذا أقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بأن المنع هنالك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف

ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه أنكر قبض حقه بخلاف ما اذا أقر انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش

اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبته أو أودعني ألف درهم ثم قال الا انها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد ذلك هي زيوف أو نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط أقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله صدق يفيده وهذا بخلاف ما اذا أقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان على ألف درهم

(قوله لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه) أقول قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياد قال المصنف (أو استوفى) أقول معطوف على قبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزيوف متناقضا) أقول لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق اذا وصل أيضا والجواب هو المنع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره فان القول قول البائع لا المشترى الذى أنكر قبض حقه لان المشترى أقر بقبض حقه الخ) أقول قوله أنكر أي في زعم السائل وقوله أقر أي دلالة ثم أقول قال العلامة الزيلعي وبخلاف ما اذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه انتهى توضيح ما ذكر في دعوى العيب وفيه بحث لانه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لانه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول لان قوله جيادا مفسر لا يقبل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل هكذا قيل (قوله والفرق هو ان في قوله قبضت مالى عليه الخ) أقول ولا يخفى عليك ان دعواه كونها زيوفا لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق (قوله وذكر أحد الجانبين) أقول يعني البيان مفصولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول فيه ما مر

درهم من ثمن مبيع أو قرض أو اجارة الا انها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل أم فصل
في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي ألف درهم من غير ذكر
سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى
الالتزام بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير
مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتأتي الحجج ان
شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي وأحمد اذا انفصل لا يقبل في جميع الصور لانه كاذكر العشرة
فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عما أقر به قلنا في مسئلتنا انما أقر بقبض الدراهم وقبض
الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة
فاذا قال هي زيوف أو نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه
قبض حقه أعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شئ لان
الاعم يصدق على كل أخص فاذا نفى انه بعد ما صدق عليه بعينه وانه عما صدق فانه الاخرى لا يكون
مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة أو رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا وأما
لو اعترف انه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة
لانه في هذا مقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي
الجياد قال في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها
على السواء فانه اذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي
يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت مالي عليه أو حقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ
واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال علي ألف الا مائة أما اذا
قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها
زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما اذا قال علي مائة درهم ودينار الا دينارا
فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب أن لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار
بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من
الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز
اخراجه موصولا وأما الجودة فقد دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وكما عليه
تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله مالي عليه وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه
موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تأمل وعندي ان التأمل بشده لا يرده وكأنه
والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة
للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا فحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعا
في الوجود قد يكون مقصود المتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد
الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها
غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست
دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط
نحاس وهي شبه المموه وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصولا أما
في الموصول يجب أن يصدق لانه قال في اقرار المبسوط لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم مماله على المديون
ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا
فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا الظاهر كلامه الى

فانه ما عزاه الى شئ من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار قيد لا ينهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكأنه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال أي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله أردأ من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم ه

(قوله لا يصح استثناؤه) أقول مطلقا أو اذا كان دخوله في المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثاني مسلم ولا كذلك فيما نحن فيه والاول ممنوع ه

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الاقرار اما أن يكون بما يحتمل الابطال أو بما لا يحتمل فان كان الاول فاما أن يستقل المقر باثباته أولا والاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لى عليك شئ ثم قال فى مكانه بل لى عليك ألف درهم فليس عليه شئ لان المقر أقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما أقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لى عليك ألف درهم غير مفيد لانه دعوى فلابد لها من حجة أى بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت منى هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد يعنى المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد باثباته والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان أحدهما يتفرد بالاثبات فيتفرد الآخر بالرد فلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز أن يقال ان قوله ثم قال فى مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كانا دليل الفسخ وبه سقط ما قال فى الكافى ذكر فى الهداية ان أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما أقر المشترى فى مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الثانى كما اذا أقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند أبى حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لى عليك شئ ثم قال فى مكانه بل لى عليك ألف درهم فليس عليه شئ) لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلابد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه لان أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا

ما هو محتمل فيصح موصولا فى الستوقة أولى لان الرصاص أبعد منها الى الدراهم وذكر المحبوبى فى جامعه مصرحا فقال فأما اذا قال وجدتها ستوقة أو رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أحلفه اذا اتهمته (قوله ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لى عليك شئ) أو قال هى لك أو قال هى لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الى الاقرار به بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثانى فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبى حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمراد أن يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقى مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الاقرار بسبب المال مثل أن يقول اشتريت منى وأنكر له أن) يعود فـ(يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ) فانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فينفرد بالرد فافترقا) وناقضه فى الكافى بأنه ذكر هنا ان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعنى من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح ويقتضى انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولا ﴿وهذه فروع﴾ ذكرها فى النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد لو وهبت المرأة صداقها الزوج او قبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لانه اعتاق هذا كله فى رد المقر له اقرار المقر فأما لو رد المقر اقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر انه أقبضه أو قال بعد ان أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا لفلان ثم قال هو لى وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تحليف الدائن انه أقبضه لا يحلف فى المسائل كلها عند أبى حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لى على فلان شئ ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبى يوسف والشافعى يحلف وهو رواية عن أحمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة وصار كما لو أقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الرأى فى التحليف الى القاضى يريد أنه يجتهد فى خصوص

قال المصنف (فلابد من الحجة) أقول كيف تقبل حجته وهو متناقض فى دعواه تأمل فى جوابه (قوله فان العزم والنقل الخ) أقول النقل قد يكون بالامر الغلام نفسه او لغيره والآمر فى مكانه

قال (ومن ادعى على آخر مالا الخ) اذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة انه قضاه أو على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن أبي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق أظهر لان ليس لنفي الحال فاذا أقام المدعى البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلا فاولت المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الابراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على انه أعتقها أو كاتبها على ألف وانها أدت الالف اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا مخالطة ومعرفة وذكر القدوري عن أصحابنا انه أيضا تقبل لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة

قال (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بينته) وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ألا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء) وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين أخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله انه تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق

خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين أقر وأشهد يحلف له خصمه وان لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر مالا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بينته وكذلك) لو أقامها (على الابراء وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا أقام بينة على انه قضاه ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وان لم يكن عليه حق (ويبرأ منه و) لذا (يقال قضى بباطل و) أيضا (قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق أظهر) لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز القضاء أو الابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاج الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي أن يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفق به المدعى وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بأن التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تتعطل حجج الشرع والتوسط في هذا أن وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعى والله سبحانه أعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم أنكر فاشتريتها وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا (فلو) زاد على ذلك ف(قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذ ولا اعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الابراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا (انها تقبل أيضا لان المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا

قال المصنف (ولنا أن التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول مخالف لما سيأتي في الاقرار في تعليل كون قوله قضيتكها اقرارا قال المصنف (وكذا اذا قال ليس لك الخ) أقول لان ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضا في دعوى القضاء لا ظاهرا ولا حقيقة بخلاف قوله ما كان لانه لنفي الماضي فيكون مناقضا من حيث الظاهر

قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة فأقام البائع البينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار) لان الاستثناء ينصرف

عقيب التفصيل فان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الشافي لو قال لم أدفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل أن يقول لم أدفع اليه شيئا وقد دفعته أما لو ادعى اقراره بالدفع اليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لان المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وههنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة (قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على شرائه) اياها منه فقبضها (فوجد بها أصبعا زائدة) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم انه كان في يد البائع وأراد ردها (فأقام البائع بينة أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين وقوله وعن أبي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين أصحابنا في الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق أيضا أن يكون البائع وكيلا عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صادقا فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه أعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشي أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر ثم أقام المنكر بينة على أن المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينته لانه يقول أخذ شاهدي بينة كاذبة ثم استقلته فأقالني (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا) ولا يخفى أن كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا (قوله ذكر حق) يعني صكا في اقرار بدين (قال في آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب (ان شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف الى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف

على البائع فأقام البينة على أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكر في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف أثبته عن أبي يوسف وأشار اليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو أنكره أصلا ثم أقام البينة على القضاء أو الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا أن يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود أصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) اذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى أو كتب في كتب شراء فما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الى الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه والى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لانه استثناء والاستثناء ينصرف

الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فـافرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل فى الكلام الاستبداد فلا يكون ما فى الصك بعضـه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليـه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا أو اذا لم يكتب فى آخره ان شاء الله تعالى والثانى مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل فى الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافـه وقد وجـد ذلك وهو العطف ولابى حنيفـة رحمه الله ان الكل فيما نحن فيه كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال فى الكلام وأما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهـذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به و يصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر فى الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبى حنيفـة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه فى الاسقاط فان للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معـه لما يلحقـه من زيادة الضرر بتفاوت النـاس فى الخصومـة فاذا رضى فقد أسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقـدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبى ليـلى لانه لا يجوّز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم الا اذا رضى بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبى حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنـده لا يثبت فوجوده كعدمه

(فصل فى القضاء بالمواريث)

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع قال (واذا مات النصرانى فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر وهو على نوعين أحدهما أن يقال كان ثابتا فى الماضى فيكون ثابتا فى الحال كحياة المفقود والثانى أن يقال هو ثابت فى الحـال فيحكم بثبوته فى الماضى كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره وهو حجـة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف فى أصول الفقه فاذا مات النصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

الى ما يليـه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصـل فى الكلام الاسـتبداد وله أن الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به و يصير كفاصل السكوت والله اعلم بالصواب

﴿فصل فى القضاء بالمواريث﴾ قال (واذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته

الى ما يليـه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصـل فى الكلام الاستبداد) فقام العـلم بالمقصود من كتب الصـك دلالة على قصر انصرافه الى الاخـير هـذا هو العادة وعليـه يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين أن ان شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليـه خاصـة بسبب العطف وهما سلما ذلك لولا عروض فهـم الغرض من كتبـه وهو بعيـد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جـمل متعـددة يعقبها استثناء فينصرف الى الاخـيرة لان وجود الجمل المتعـددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم فى كل استثناء متصـل بجمـل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل و يستحيل وجود المسئلة بل الوجـه أن ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب جـملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف الى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النـذر فيما ذكرنا فمشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صور كتب الصـك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصـك من عموم حكم الشرط المتعقب جـملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل ببياض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيأ اتفاقا وقد أورد أن هذا الكلام يقتضى انه لو لم يكتب ان شاء الله لم يبطل شئ و يلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة فى قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من الكتابة اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضا الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهـذا يثبت الرضا بتوكيل وكيـل مجهول والرضا بتوكيل وكيـل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيـل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبى ليـلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئـذ يجوز لكن ذكر فى كتب المذاهب الاربعة أن عند ابن أبى ليلى يجوز التوكيـل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا

﴿فصل فى القضاء بالمواريث﴾ (واذا مات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا

قال المصنف (وله ان الكل الى قوله ان شاء الله) أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفـة أصله فان الاستثناء ينصرف الى الجملة الاخيرة على أصله لان ذلك فى الاستثناء بالا وقوله ان شاء الله شرط ساغ اطـلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس اياه حقيقة فتأمل والله تعالى أعلم

﴿فصل فى القضاء بالمواريث﴾

(ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لان تحكيمه يؤدى الى جعله حجة للاستحقاق الذى هى محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) اشارة الى معنى آخر وهو ان فى كل مسئلة منها اجتمع نوعا الاستصحاب أما فى الاولى فلان نصرانية امرأة النصرانى كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه أن يبقى ما هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود فى الحال والاصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثانى فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثانى ليكون دافعا فكان القول قوله وأما فى الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضى بقاءها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضى أن يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الاسلام حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا فى الدلالة كان ظاهر زفر فى المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب أنه معتبر فى الدفع لا فى الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالى وهو أن ماذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر وأما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما فى النهاية من التطويل قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له

ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال (ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه)

يكون من الماضى للحال ومن الحال الى الماضى ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبه بعدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه فى الحال فاذا كان منقطعا فى الحال فيعطف على الماضى لدفع استحقاق أجرة الماضى فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كأخبار الآحاد فقد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولومات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا (لان الاستصحاب للاستحقاق وهى محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفى لهم فى ذلك وهو استصحاب ما فى الماضى من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال فى ماء الطاحونة شاهد الماضى عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها أجر الماضى اذا كان جاريا أجيب بأن هنالك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفا فى التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وفى مسئلة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين فى الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد فى الاصل اذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب فى الحال وهو البنوة أجيب بأنه انما يصار لما ذكر من الطريق اذا اختلفا فى تمام الماضى فى ثبوت ما هو ثابت للحال وأما اذا اختلفا فى مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان فى مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع فى بعض مدة الاجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآجر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء أو جاريا فى الحال لانهما اختلفا فى جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفى مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع فى مقدار مدة الاسلام لا فى نفس الاسلام أنه كان أو لم يكن والثابت فى الحال نفس الاسلام لا اسلام مقدر فهذا هو المأخذ فى المسئلة وذكر الامام التمرتاشى مسئلة وهى ترد أيضا شبهة على الاصل أعنى كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة أنه أبانها فى المرض فصار فارا فأنا ارث وقالت الورثة بل فى الصحة فالقول قولها لانها أنكرت المانع من الارث وهو الطلاق فى الصحة يعنى والاصل عدم المانع (قوله ومن مات وله فى يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع انه ابن الميت لا وارث له غيره)

لانه أقر أن ما فى يده حق الوارث وملكه خلافة ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا أقر أنه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما اذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أوانه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه أقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل أن يقول كان الواجب فى المسئلة الاولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت فى المال باعتبار ما وجب فيه من حاجته اليه كثمن

وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما وجب قيام حق الميت فى المال موهوم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع فى الوديعة حتى هلكت هل يضمن أولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لان المنع من وكيل المودع فى زعمه كالمنع من المودع وفى المنع عنه يضمن فكذا من وكيله وان سلمها هل له أن يستردها قيل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا فى نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو أقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأنكره الاول بأن قال ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول فى وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثانى يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لم يكذبه أحد فصح اقراره وحين أقر للثانى كذبه الاول فلا يصح واعترض بأن تكذيب غيره ينبغى أن لا يؤثر فى اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للاول وأجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذى أقر بتسليم الوديعة من القاضى بعد ما أقر لغير من أقر له القاضى وقد تقدم فى أدب القاضى وأما اذا كان الدفع بقضاء كان فى الاقرار الثانى مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار به

لانه أقر أن ما فى يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا أقر انه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما اذا أقر رجل انه وكيل المودع بالقبض أوانه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه (فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الاول ليس له ابن غيرى قضى بالمال للاول) لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثانى كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثانى له مكذب فلم يصح

فان القاضى يقضى عليه بالدفع اليه (لانه أقر أن ما فى يده حق الوارث) ملكا له (خلافة فهو كما اذا أقر انه حق المورث وهو حى أصالة بخلاف ما اذا أقر) المودع (لرجل انه وكيل المودع بالقبض) أى بقبض الوديعة (أوانه اشتراه) أى اشترى الوديعة التى فى يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بقيام حق المودع) وملكه فى الوديعة الآن (اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته) لزوال ملكه فانه أقر له بملكه لما فى يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفى فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ فى حق غيره أعنى المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا فى نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والدى يتردد فى جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذى أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع فى زعمه فهو كالمنع منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المديون اذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ما عليه) فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره (اذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فانما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم (فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وأنكر الابن الاول قضى بالمال للاول) وحده (لانه لما صح اقراره للاول) على ذلك الوجه (انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على) الغير وهو الابن (الاول فلا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين أقر للاول لا مكذب له فصح وحين أقر للثانى له مكذب) وهو الاول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثانى شيأ قال فى غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثانى شيأ باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفى الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثانى الذى أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضى وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى قول وفى قول لا يضمن لان اقراره الثانى صادف ملك الغير فلا يلزم منه شئ وقال فى النهاية فان قيل كان ينبغى أن يضمن المودع للابن الثانى الذى أقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضى المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضى اليه وقد ذكر فى أدب القاضى من الكتاب انه يضمن للقاضى قيمته قلنا هنا أيضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير

(قوله كان فى الاقرار الثانى مكذبا شرعا الخ) أقول وأما فى المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا فى قوله تسلمتها من القاضى اذ لا منافاة بين تسليمها منه وكونها لمن أقر له فافهم

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما أن يقربه ذو اليد أولا فان كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه أحدها أنهم قالوا ترك ميراثا للورثة ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شئ حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم مالم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضى له بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث أنهم اذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في (٩١٥) شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله وقول أبي حنيفة مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال أبو حنيفة رحمه الله لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل أراد به ابن أبي ليلى وقالا له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة

قال (واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره

بغير قضاء القاضي نصف ما أدى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع اليه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو أقر المودع لرجل انه أخو الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو ان ادعى وصية بألف مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لانه أقر انه ليس بخلف عن الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك أمانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بشئ بل موكول الى رأي القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية قال وعن أبي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا يدفع الى أحد منهم شيأ لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه أخو الغائب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى انه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر انه زوج أو زوجة للميت أو ان الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شئ بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الاخ اذا انفرد أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية فان قام أخذ بها وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو أقر ذو اليد ان الميت أقر ان هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه أقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد أقر بسبب منتقض (قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شئ احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عني به ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة (وقالا يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره) أما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل

قال المصنف (واذا قسم الميراث) أقول فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره) أقول أو غريما غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول وفي الدرر بالنفس (قوله وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة) أقول قال في النهاية قال الامام التمرتاشي لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى في ذلك زمانا على حسب ما يرى وذكر بكر ان كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول وان لم يظهر له وارث آخر يدفع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة اهـ

لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده وأثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل

بالاتفاق واذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أو لا يحجب ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفي الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال واذا حضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها الورثة لا تقبل ولا يدفع اليه شيأ حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم الثالث أن يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول أبي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فأما اذا ثبت بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا أقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان له ابن آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر لهم (والظاهر ان في التركة وارثا غائبا أو غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع) القاضي (الآبق واللقطة الى) الذي أثبت عنده انه (صاحبه) أخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا اذا (أعطى امرأة الغائب) يعني اذا كانت تستنفق أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقر بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) ويأخذ كفيلا (ولابي حنيفة رحمه الله ان الحق ثابت قطعا) أي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) الى زمان التكفيل (لحق موهوم) أرأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار (كمن أثبت الشراء ممن في يده) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شراءه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى بيع) العبد (لاجل دينه) وان كان يتوهم حضور مشتر آخر

لهما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما اذا أعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر بيقين أو ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

(قوله ولان المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا أقر به ذواليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول أجيب بأنه اذا أقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود وليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله (بخلاف النفقة) جواب عما استشهدا به من المسائل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيلا وقال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح أن الرواية الاولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتابي (ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع) قال المصنف (لان الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع (قوله وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله (وهذا) أي اطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى

ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة أو اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع وقوله ظلم أي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

قبله وغريم آخر للعبد (ولان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت والزوج معلوم فأما الآبق واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة أو باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث أو غريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملا بالجهتين أجيب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف (وقوله ظلم) أي قول أبي حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) انه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول وجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطا وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا القول الى أبي حنيفة ما روى عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق والا لكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد فانه تعالى أوجب الاجتهاد على

(قوله أجيب بأنه اذا أقر به الخ) أقول فما الجواب في مسئلة الآبق واللقطة ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعورض بأن القاضي الخ) أقول ويمكن توجيهه نقضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر

قال (واذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين والا ترك في يده لأن الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده ولأبي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصودا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختار له وانما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده كذلك (قوله وجحوده)

قال (واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين وان لم يجحد ترك في يده) لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه أمين وله أن القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع أبلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ

المتأهل له فاذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد أخطأ السنة (قوله واذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده) الى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا ان كان الذي هي في يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن) ظهرت خيانته بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه اما لاعتقاده أنها ملكه وان البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف المقر) أنها مال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان أولى بحفظها (ولأبي حنيفة أن القضاء) انما (يقع) أولا (للميت مقصودا) لانه بعد ثبوت انه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي) بها للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى في منقول) وأنكر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متأولا كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولأجل أن المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والنزع أبلغ في حفظه من تركه (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ

جواب عما ذكراه ووجهه أن الخيانة بالجحود اما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما الحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمسألة بحالها (فقد قيل ينزع من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع أبلغ فيه أما أنه يحتاج فيه الى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل وأما أن النزع أبلغ فيه فلأن النزع أبلغ في الحفظ لانه لما جحده من بيده ربما يتصرف بخيانته أو لزعمه أنه ملكه واذا نزعه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم

قال المصنف (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول قال في الكافي أي لذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال اهـ يعني ان الظاهر ذلك وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما ان الجاحد خائن قال المصنف (والنزع أبلغ فيه) أقول أي في المنقول كذا في معراج الدراية والنهاية الظاهر أن يقال أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي (قوله أو لزعمه أنه ملكه) أقول أي ان كان عدلا

والعم على الصغير) وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبى حنيفة فيه أظهر) بناء على ماذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك فى يده كان مضمونا عليه ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذى يضعه القاضى فى يده فكان الترك أبلغ فى الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من فى يده ربما يتصرف لخيانته أولزعمه أنه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضى وطائفة من الناس وكتابته فى الخريطة وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف فى العقار فسقط الفرق (قوله وانما لم يؤخذ الكفيل) راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه أخذ الكفيل انشاء خصومة لأن من بيده الباقى قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضى يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضى لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب أن القاضى لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضى يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها انما فرضناه رافعا الشئ كان منشئاله هذا خلف (قوله واذا حضر الغائب) اختلف المشايخ فى وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبى حنيفة فى القصاص اذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى أعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه) ان كان الكل بيده كما سيجىء (٥٣٣) (دينا كان أوعينا لأن المقضى له وعليه فى الحقيقة انما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك) كالوكيلين بالخصومة اذا غاب أحدهما كان للآخر أن يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البينة يثبت فى حق الكل وكذا اذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت فى حق الكل فان قيل لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجازله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع أجاب بقوله (بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائبا عن غيره) ولقائل أن يقول فليكن عاملا لنفسه فى نصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله (وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت) أى بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر

والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف أيضا وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضى انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان أوعينا لان المقضى له وعليه انما هو الميت فى الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفى الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت

والعم على الصغير) على بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية فى المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك فى يد الذى جحد وعندهما يؤخذ منه (وانما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبى حنيفة من الذى هو فى يده (لانه انشاء خصومة والقاضى انما نصب لقطعها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا أو لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة (ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء) الكائن فى غيبته (لان أحد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان أوعينا) فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله (لان المقضى له وعليه انما هو الميت فى الحقيقة) على ماذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه فى ذلك بخلاف الاستيفاء) أى استيفاء نصيبه (لانه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفى الا نصيب نفسه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت)

(قوله فاذا ترك فى يده كان مضمونا عليه) أقول يعنى بجحوده السابق وفيه بحث فانه قد ارتفع مع لازمه الذى هو الخيانة بقضاء القاضى كما صرح به آنفا فينبغى أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ الكفيل) أقول الأولى طلب الكفيل (قوله والقاضى يطالبه به) أقول فيه اشارة الى أن ما فى النهاية من قوله والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغى لعدم مطابقته المشروح (قوله فان قيل هب الخ) أقول ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل (قوله وهو مشروع لقطع الخ) أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لأنه ان أراد كليا فممنوع ألا يرى الى ضمان الدرك وان أراد جزئيا فمسلم ولا يفيد اللهم الا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم انه ليس ههنا خصومة متقدمة الا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضى فليتأمل (قوله اذا أقام الحاضر البينة الخ) أقول التفصيل فى باب الشهادة فى القتل (قوله وجوابه أن السائل الخ) أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء الى جواب آخر وأنت تعلم ان كونه نائبا عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتأمل

وقوله (الا انه) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما الى قوله وعليه يعني انه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الورثة ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي (٥٣٤) في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع

ما يملكه من أجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة كالنقدين والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أولا لان المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ والقياس) في الأول أيضا (أن يقع على كل شئ كما قال به زفر) لان اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله) اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة

الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) والقياس أن يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال

فانه يقضى بالكل ولا يأخذ الا نصيب نفسه وقوله (الا انه انما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (اذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات المواريث ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القضية وقال مات والدنا وأخواي فلان وفلان قبضا نصيبهما وأودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضا ثلثيها اثلاثها وأودعاها عندك وأنا أقيم البينة أنها داري تقبل وذو اليد خصم لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما ادعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لا بالارث يقال للمدعي أعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة أما اذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصما فيها بخلاف ما قبل القسمة لانه مبقى على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقر بانه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاستروشني فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شئ (قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته فاذا أصاب شيأ تصدق بقدر ما أمسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصابا أولا لان المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ولذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد الى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس أن يلزمه التصدق بالكل) فيهما (وبه قال زفر) والبتي والنخعي والشافعي وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة يجزئك الثلث (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه (وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف الى ما أوجب الشرع فيه الصدقة)

(قوله يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا الخ) أقول فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين فان الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وان لم يكن في يد الحاضر شئ على ما صرحوا ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصما في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه وما ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل قال المصنف (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول وفي ايراد مسئلة النذر في فصل القضاء بالمواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث (قوله وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر الخ) أقول ليس معناه أن ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى والا لم يجب له التصدق بكل ماله وهو ظاهر

وايجاب الشرع فى المال من الصدقات مضاف الى أموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب فى الشرع من جنسه شئ وهو معتبر لأنه لبث فى مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات أولانه فى معنى الصلاة لانه لانتظار أوقات الصلاة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه فى الصلاة (أما الوصية فهى أخت الميراث لانها خلافة كالوراثة) من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) فى الشرع فكذا الوصية (قوله ولان الظاهر) دليل آخر يعنى أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فانها تقع فى حال الاستغناء عن الاموال فتنصرف الى الكل والارض العشرية تدخل (٥٢٥) فى النذر عند ابى يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة) فى العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التى تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الامام التمرتاشى قول أبى حنيفة مع محمد رحمهما الله (لانه) أى الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة) لان مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء (ولو قال ما أملك صدقة فى المساكين فقد قيل يتناول كل مال) زكويا أو غيره وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة ذكرها فى الامالى لان ما أملك أعم من مالى لأن الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان أعم ينصرف الى غير أموال الزكاة أيضا اظهارا لزيادة عمومه فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة فى الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية أجاب (بأن المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا تخصص فى لفظة الملك فيبقى على العموم) وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع

أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهى فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة أما الوصية تقع فى حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند أبى يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فى العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل أرض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة. ولو قال ما أملكه صدقة فى المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص فى لفظ الملك فبقى على العموم

وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من أموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا فى الاصول ان بالاخذ من جنس الاموال يصدق بانه أخذ من أموالهم حقيقة وانما ذاك قول الشافعى والاحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييدها ببعضها ثم عين ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها وأما قوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة وانما يلزم لو تقيد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث أبى لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده وأما الوصية فجر ينافيها على نحو ذلك أيضا فقلنا لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان فى تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثة وأما نفاده فى الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما توجب ذلك فى حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعى وهذا لان النهى ما كان فى حالة الحياة الا لقيام حاجته الناجزة فى الحياة وعدم البداءة بنفسه المأمور بها فى قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدى الى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سبب المعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف (ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الخ) يصلح تقريرا لابداء المخصص يعنى أن العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى يخصصه وهو أن الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا فى ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو أيضا من ابداء المخصص وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند أبى يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة فى العشر وروى ذلك عن أبى حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب فى أرض الصبى والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل)

(قوله وايجاب الشرع فى المال الخ) أقول اذا عبر عنه بلفظ المال كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة (قوله فكذا ايجاب العبد) أقول اذا أضاف الايجاب الى لفظ المال (قوله وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع) أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة فى جنس الاملاك يكفى لاعتبار ايجاب العبد به كما فى ايجاب الاعتكاف على ما مر آنفا ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة والبذلة والمهنة كما صرح به فى النهاية مع انه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل

(ثم الصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملك (سواء) فيما نحن فيه تختصان بالأموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الأئمة السرخسي (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية إن قوله (على ما مر) اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو لفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه (ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لأن حاجته هذه مقدمة) اذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم اذا أصاب شيأ تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها (وقيل المحترف يمسك قوت يومه) لأن يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان (لشهر) لأن يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا (وصاحب الضياع لسنة) لأن يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة (وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم الخ) وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفا

والصحيح انهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا أصاب شيأ تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول أيضا لأن الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة

لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف (والصحيح انهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤذنك بقصدهم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي الا أن الطحاوي ذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله على أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا اشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله (على ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا (ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (يمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (واذا استفاد شيأ تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقدارا في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف يمسك ليوم) لأنه يكتسب يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يجبيها يمسك (شهرا) لأن يده تصل الى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك وأما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك الى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله) (قوله ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيأ من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لأن الوصاية انابة) أي استنابة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع من أناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لأبي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالوراثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لاضافتها) الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث واذا لو باع شيأ ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (الى) ما بعد الموت أيضا وهو (زمان بطلان الانابة)

ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيأ من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن أبي يوسف أنه اعتبر الاول بالثاني لأن وصف الانابة أي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة فلا

والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح بخلاف الوكالة فإنها إنابة ثابتة بأمر ولأنه لم يثبت والإنابة تتوقف على العلم لأنه لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الأول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصي فإن قيل إذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما إذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فإن فيه روايتين في أحدهما صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن لثبوته ضمنا فإذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلامه فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا أو على أضداد ذلك بعد ما كان (٥٢٧) مميزا جاز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والأول سواء لأنه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة وإذن العبد في التجارة ولأبي حنيفة أنه خبر ملزم أما أنه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام وأما أنه ملزم فلأنه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لأنه بالنظر إلى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والإذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر إلى ما فيه من نوع الإلزام كان في معناها فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين بخلاف الأول فإنه لم يكن فيه إلزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله

فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الأول يفوت لعجز الموصي (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لأنه إثبات حق لا إلزام أمر قال (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها وهو العدد أو العدالة بخلاف الأول وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال

فلا يتوقف على العلم) كالوراثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لأنه) إذا وقفناه على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الأول يفوت لعجز الموصي) بالموت وهذا إذا ثبتت الوكالة قصدا أما إذا ثبتت في ضمن الأمر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب إلى فلان يبيعك أو لأمره أنه اذهبي إلى فلان يطلقك أو اذهب بعبدي إلى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة أنه جائز وذكر في الزيادات أنه لا يجوز فكان فيه روايتان في أحدهما لا يتوقف على العلم وفي أخرى لا بد من العلم وذكر في المأذون ما يوافق الأول وهو أنه إذا قال للناس بايعوا عبدي فإني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالإذن وإذا توقفت الوكالة على العلم فلا بد من ذكر ما إذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مميزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لأنها تتضمن عقدا كغيره من العقود و(لأنه) تسليط على مال الغير قلنا (إنه إثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا إلزام أمر) فإنه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده وهو محل الإجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والإخبار بها سواء وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي مخبران لأن لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما أنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان أو أكثر وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم أنه مذهب أبي حنيفة وقال معنى إطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالفسق وقيل بل هو على إطلاقه لأن تأثير العدد فوق تأثير العدالة ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به وهو الصحيح (وهذا لأنه خبر ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من

(قوله أنه ثبت ضمنا) أقول أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول قوله يثبت حال قال المصنف (فيشترط إلى قوله أو العدالة) أقول فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط في العدد وأن قوله عدل صفة رجل قال في التلويح وهو الأصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضا (قوله إذ ربما لا يتفق الخ) أقول علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال.

(قوله وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكر بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شطري الشهادة فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية ثم اعلم أن مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعد ذلك بعتق أو بيع كان اختيارا منه (٥٣٨) للفداء وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك وإلا فهو على الاختلاف عنده لا يكون اختيارا منه خلافا لهما وأولى النوادر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فألزمه وثانيها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء) إذا باع القاضي أو أمينه عبد الميت لأجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام والإمام لا يضمن كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري (على

وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا قال (وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري

كل وجه فيما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هذا الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الالزام من وجه ثم يكتفى لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فإنه لما لم يكن فيه الزام أصلا لم يلزم أحد شطري الشهادة وأجمعوا على أن المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصل واثنتين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه أما الثلاث فأحداها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولا لا ينحجر فاسقا كان أو عدلا وإن كان فضوليا يشترط أحد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه وإن كان فاسقا إن صدقه انحجر وإلا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقا إن صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختارا للدية وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها وأما اللتان في النوادر فأحداهما الحربي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره انسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئا منها كان عليه قضاؤه اجماعا وإن كان فاسقا فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الأصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقا لأن المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الأصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبد الغرماء) أي لأجلهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيئا (لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالإمام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة و) إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن

(قوله والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنايته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول قوله اثنان أي فضوليان وقوله أو واحد أي فضولي (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول وفي كشف البزدوي قال عليه الصلاة والسلام نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها وفي حديث آخر ألا فليبلغ الشاهد الغائب اه والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام بلغوا عني ولو آية فليتأمل (قوله وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فألزمه) أقول لعدم اشتراط العدالة في الرسول

على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشترى اذا تعذر الرجوع على العاقد (كما اذا كان العاقد) صبيا محجورا أو عبدا (محجورا عليه) وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشترى على الغرماء (فان أمر القاضى الوصى ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشترى على الوصى لانه عاقد نيابة) فان

على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم (وان أمر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشترى على الوصى) لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال (ورجع الوصى على الغرماء) لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا لانه لحقه فى أمر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له

﴿فصل آخر﴾ (واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة

(على الغرماء) أو الغريم (لان البيع) والتصرف (واقع لاجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما اذا كان العاقد محجورا عليه) عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الاهلية فى الصبى وحق السيد فى العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس الى العقد وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا ترى ان القاضى لا يأمر الوصى أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشترى بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصى يرجع المشترى عليه بالثمن لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضى اياه عنه ثم الوصى يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصى العبد لنفقة الوارث فان المشترى يرجع على الوصى والوصى يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذى ينتفع به فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضى عنه من يقضى دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى قال المصنف (قالوا يجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا) يريد بالمائة ما ضمن للمشترى فرضنا امائة (لانه لحقه) ذلك (فى أمر الميت) وينبغى أن يكون هذا بالاتفاق أعنى جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الائمة السرخسى لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت

﴿فصل آخر﴾ لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى أصل واحد وهو أن قول القاضى بانفراده هل يقبل مولى ومعزولا أخره (قوله واذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد اخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة) التى عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعه ذلك مالم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا فقالوا أو يشهد مع القاضى شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد أن القاضى يشهد وليس معناه الا أن يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى والا كان القاضى شاهدا على فعل نفسه وليس هنا من يشهد عنده الا المأمور باقامة الحد وهذا بعيد فى العادة أعنى أن يشهد القاضى

أوصى اليه الميت فظاهر وان أقامه القاضى فكذلك لأن القاضى انما أقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه (فصار كما اذا باعه) الميت (بنفسه) فى حياته وفى ذلك كان يرجع المشترى عليه فههنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) أى يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا يجوز أن يرجع بذلك أيضا لأن هذا الضمان لحقه فى أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه انما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له)

﴿فصل آخر﴾ جمع فى هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو أن قول القاضى بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولا قال (واذا قال القاضى قد قضيت الخ) اذا قال القاضى قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله مالم تكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه

﴿فصل آخر﴾ (قوله مالم تكن الشهادة بحضرتك) أقول أو الاقرار بحضرتك

لأن قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهى تقتضى أن لا يقبل كتابه أيضا الآثم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية أن القاضى أخبر عما علك انشاءه لان المتولى يتمكن من انشاء القضاء ومن يتمكن من الانشاء عما أخبر به لم يتهم فى خبره وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها والثانى ممنوع والاول يحوج الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضى من أولى الامر وطاعة أولى الامر واجبة وفى تصديقه طاعته فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار وكذا روايته (٥٣٠) اذا كان القاضى عدلا فقيها وعلى هذا تتأتى الاقسام العقلية كما قال الامام أبو منصور

لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة فى زماننا الا فى كتاب القاضى للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية انه أخبر عن أمر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة أولى الامر واجبة وفى تصديقه طاعة وقال الامام أبو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان أحسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة قال (واذا عزل القاضى فقال لرجل

عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدى الآخر عنده واذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا (لان الغلط والخطأ فى الحكم محتمل) لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى) لان الاعتماد فيه على خبر القاضى الكاتب بمفرده (واستحسن المشايخ هذه الرواية فى هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة الا فى كتاب القاضى الى القاضى) لان فيه ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى اجمال التفصيل [1] فى التوقف لا اطلاقه (فقال الامام أبو منصور ان كان القاضى عدلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة) فى الدين بالعدالة والخطا فى الحكم بالعلم (وان كان عدلا جاهلا استفسر فان أحسن) فى بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة [2] وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما أو جاهلا فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك انشاءه) فى الحال (فيقبل لخلوه عن التهمة) لان التهمة انما تحقق فى اخبار بأمر لا يمكن انشاؤه فى الحال فيحتمل عدم المطابقة أما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه فى الحال فيجعل كأنه أنشأه فى الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى أن الذى يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم وان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا قال محمد لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيأ ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضى عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجها آخر وهو أن العادة أن ينصب فى كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضى بانفراده حجة فى الالزم لزم اقامة فى كل بلد قاضيان وأنت سمعت ما قدمناه فى تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بسبب القضاء وهذا لا يتحقق عند المأمور الآن بحضور وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضى الآمر فلان وفلان على الوجه الفلانى ويشهدوا بتوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا أولا ولا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة (قوله واذا عزل القاضى فقال لرجل الخ) صورتها عزل القاضى فادعى عليه رجل أنه أخذ منه الغائب بغير حق أو قطع يده

وان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطا والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطا فان أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندى بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وأنه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا أو الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل الا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا فى الجهل والخيانة فى الفسق قال (واذا عزل القاضى فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضى من قضائه فى زمن ولايته شرع فى بيان ذلك بعد عزله فاذا أخبر القاضى المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند الى حال ولايته فلا يخلو اما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه

(قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب (قوله وهى تقتضى أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول يعنى مطلقا (قوله ومن يتمكن من الانشاء الخ) أقول فيه ركاكة

[1] كتب بهامش نسخة العلامة البحراوى قوله فى التوقف كذا فى النسخ ولعله فى القبول لا اطلاقه أى القبول فقوله لا اطلاقه نفى لما فى الجامع الصغير من عدم تقييده بالعالم العدل فتدبر

[2] قوله وترك المصنف الخ لعل النسخة التى كتب عليها الشارح لم يكن فيها القسمان المذكوران اه

أو يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة لو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان أمره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد

أخذت منك ألفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا (ولا يمين عليه) لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا) لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد

يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لان هذا في أمر فات فلا بد أن يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا يمن كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا ثم كون القول له على الاتفاق مقيد بما اذا كان المدعى مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لان الظاهر أنه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لانه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق و) لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الآخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والاخذ كان بقضاء القاضي بالاخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضا) كالقاضي لانه أقر أنه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ معاينا للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعته (ه) أما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد)

(قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول ظاهره لا يقابل الاحتمال الأول (قوله لانه ثبت فعله الخ) أقول فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لانه ثبت الخ تعليلا لأي شيء قال المصنف (ولا يمين على القاضي) أقول قال في الكافي لأنه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ اه وفيه بحث والاولى أن يقال انا لو أوجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتتعطل أمور الناس قال المصنف (ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول قال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعى ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لأن هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل انه متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الا بحجة بخلاف المسألة الأولى لأنه ثبت الاسناد بمصادقتهما والصحيح هو الاول وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوي والصدر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيصير مدعيا وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي وقال الزيلعي أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر للضمان باسناد الفعل الى حالة منافية له وأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذه

أو بعد العزل فالقول أيضا للقاضي (٥٣٣) في الصحيح لان القاضي أسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء في

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا) هو الصحيح لانه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا (ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي فقيه خلاف (والصحيح أن القول أيضا القاضي لانه) أي القاضي (أضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا) اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهودا) فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير ان القول للمدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل ظاهرة وكذا أفرضه شمس الائمة فانه قال فأما اذا زعم أي المدعى أنه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح يخص ما اذا كانت دعواه انه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليله ما يعم كون القول للقاضي فانه قال لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف الاول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض الى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه أخبر عن أمر لا يملك انشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال أخذت منى كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لانه أقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصى لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصى ذكره المحبوبى واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هنالك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو اقراره للمقر له بشئ ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي اذا أقر بعد العزل بالاخذ ثم ادعى ما يبرئه بالاسناد وكذا الوصى أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار لا في جهة التملك كما لو قال أخذت منك الفا هي دينى عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك باذنك وقال بغير اذنى فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصى لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في اضافتهم الى الحالة المعهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقلد أو بعد العزل فأقر القاطع والقابض أني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده

الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون اذا كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذا الحال فعله موجب للضمان عليه وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه وأما في الاولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب الضمان عليه ظاهرا لان الاصل أن يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ماذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي

مالهما ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم اهـ لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الامة كما لا يخفى (قوله كاسناد من عهد منه الجنون الخ) أقول في التشبيه لطافة لا تخفى (قوله في هذه الصورة) أقول في الاطلاق تأمل (يضمنان)